

Relaciones al Código Civil y Comercial:

Artículo 562 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 562 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Técnicas de reproducción asistida.

Voces:

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO DE FAMILIA ~ DERECHOS DEL MENOR ~ DISCRIMINACION ~ GESTACION POR SUSTITUCION ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Tribunal: Juzgado de Familia Nro. 8 de La Plata(JuzgFliaLaPlata)(nro8)

Fecha: 27/04/2020

Partes: D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial

Publicado en: RCCyC 2020 (agosto), 05/08/2020, 67

Cita Online: AR/JUR/15367/2020

Sumarios:

1 . La gestación por sustitución, al no encontrarse prohibida, debe ser receptada favorablemente por la Justicia en la medida que no lesione derechos de terceras personas; máxime cuando la práctica elegida es consecuencia de la historia atravesada por la familia accionante y la ardua búsqueda de alcanzar la paternidad/maternidad, siendo éste el único camino posible para lograr gestar un hijo con material genético de ambos progenitores, conforme la historia clínica acompañada.

2 . El art. 562 del Código Civil y Comercial que determina que quien da a luz es el/a progenitor/a de los niños/as nacidos por TRHA es inconstitucional, pues, si bien no imposibilita la realización de la gestación por sustitución, trae como consecuencia la falta de inscripción registral con aquellas personas que ejercen este derecho humano fundamental, vulnerando sus libertades individuales y su capacidad de autodeterminación en materia reproductiva, al impedirse la materialización concreta de su deseo

(*) Información a la época del fallo

3 . La aplicación del art. 562 del Código Civil y Comercial que determina que quien da a luz es el/a progenitor/a de los niños/as nacidos por TRHA impide la concreción del derecho humano a formar una familia en contraposición con la voluntad procreacional expresada por los comitentes, generando desigualdad y situando a esta familia en concreto en una situación de discriminación en contraposición con otras.

4 . El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico se vería menoscabado de aplicarse literalmente el art. 562 del CCCN, pues si bien la gestación por sustitución no está prohibida y las partes pueden acceder a ella, la misma generaría vínculos jurídicos con la gestante, quien no ha expresado su voluntad de ser madre.

5 . La aplicación insoslayable del art. 562 del Código Civil y Comercial que determina la maternidad de quien da a luz a un niño por TRHA en el caso en concreto atentaría contra el interés superior del potencial niño o niña que nazca producto de la técnica de gestación por sustitución, vulnerando su identidad y a que la misma sea reconocida con quienes han expresado, a través del consentimiento informado, su voluntad procreacional.

6 . La falta de regulación en torno a la gestación por sustitución genera desigualdad y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación contemplado expresamente en nuestra Constitución Nacional —art. 16—, toda vez que, si bien no está prohibida, su falta de inclusión obliga a varias personas a afrontar enormes gastos para poder concretar su deseo de fundar una familia, y muchas de ellas quedan afuera por no contar con recursos económicos suficientes.

Texto Completo:

Expte. 80155/2019

1ª Instancia.- La Plata, abril 27 de 2020.

Resulta: 1. Que en fecha 21 de noviembre de 2019 se presentan J. E. D., y Á. M. C. M. solicitando autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción humana asistida gestación por sustitución y la consecuente determinación de la filiación conforme la voluntad procreacional involucrada, declarándose —para ello— la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Expresan que se encuentran en pareja desde el año 2011 siendo su más profundo deseo ser padres y consolidar de esa manera la familia que conforman. Con este objetivo en el año 2015 cursaron un embarazo el cual se ha visto interrumpido en la semana 23 debido a complicaciones severas —adjuntan historia clínica— que culminan en la realización de una histerectomía que impide que se pueda llevar adelante un nuevo

embarazo.

Manifiestan que, debido a ello, en la actualidad, manteniéndose firme el deseo de ser padres, C. I. D. —hermana de J.—, quien ha tenido tres hijos, se ofreció a gestar a su bebé en un acto de absoluto amor y entrega.

En este sentido, habiendo recurrido a un centro de reproducción asistida, acompañan en autos certificado médico que da cuenta acerca de la imposibilidad de llevar adelante un embarazo y la posibilidad de realizar una fecundación in vitro con material genético de la pareja y la transferencia embrionaria a un útero subrogante. Sin embargo, tratándose de una técnica no receptada por nuestra legislación vigente, el centro de salud reproductiva exige una autorización judicial para poder realizar el tratamiento.

Destacan que I. no obtendría ninguna remuneración por participar en el tratamiento; que la misma en la actualidad se encuentra soltera y que el procedimiento propuesto es la única vía posible para alcanzar la paternidad/maternidad.

2. En paralelo a ello, con idéntico patrocinio, se presenta C. I. D. expresando que adhiere en todos sus términos a la demanda formulada, manifestando conocer y aceptar expresamente los alcances de la petición y del tratamiento médico al que accede someterse.

3. Que en fecha 26 de noviembre de 2019 se ordena dar intervención a los peritos del Cuerpo Técnico Auxiliar de este Juzgado a los fines de mantener una entrevista con los peticionantes y, principalmente, con la gestante a los fines de procurar preservar sus derechos y garantías.

Producido el informe (v. fecha 16 de diciembre de 2019), encontrándose firme el mismo y evacuada la vista al Ministerio Público Fiscal (v. dictamen de fecha 14 de febrero de 2020), quedan los autos en condiciones de dictar sentencia.

Considerando: I. Liminarmente cabe precisar qué debemos entender cuando nos referimos a “gestación por sustitución”. La misma se trata de una técnica de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente/s, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este/os último/s.

Tiene la particularidad de que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo (cfr. Notrica, Federico; Curti, Patricio Jesús en Herrera Marisa (Dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, ps. 14/15).

Ahora bien, la técnica en cuestión no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento normativo positivo interno debido a la quita que sufrió el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Comercial de parte de la Comisión Bicameral que luego convalidara el Senado. El mismo regulaba la figura de la gestación por sustitución en el artículo 562, el cual decía: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Si bien esta norma proyectada nunca ha entrado en vigor, lo cierto es que se ha constituido a lo largo de estos años en una poderosa herramienta doctrinaria que ha servido a los jueces para resolver situaciones análogas al presente, teniendo en consideración los requisitos a cumplirse de parte de los peticionarios y la gestante previo a brindar la autorización judicial requerida (pueden verse: TFam. N° 7 de Rosario, 02/12/2014, “F. M. L. y otra s/ autorización Judicial”, AR/JUR/90178/2014; JFam. N° 9 de San Carlos de Bariloche, 29/12/2015, Id SAIJ: NV13851, <http://www.saij.gov.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/12345678>; JFam. N° 5 de Viedma, 07/07/2017, “Reservado s/ autorización judicial”, inédito).

Pues los requisitos previstos por el Proyecto de Reforma apuntaban a garantizar no sólo los derechos de los peticionarios sino, también y sobre todo, los derechos fundamentales de la persona gestante, atendiendo al respeto de su integridad física y psíquica y, asimismo, tendientes a evitar el aprovechamiento de los peticionarios de posibles vulnerabilidades económicas, culturales y/o educacionales que detente la persona gestante. Se trata de criterios uniformes que permiten orientar una hermenéutica adecuada con el objeto de descartar posibles vulneraciones de derechos.

De este modo, un recorrido adecuado para el tratamiento de la petición aquí articulada sería tomar como parámetro los requisitos enumerados por el art. 562 del Proyecto de Reforma, con el objetivo de garantizar los derechos humanos en juego de todas las partes involucradas. Armonizando derechos y analizando si corresponde acogerse favorablemente a la pretensión introducida. Empero, no sin antes compulsar la redacción del actual art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

II. Sabido es que una máxima del derecho argentino y principio estructural del Estado constitucional y convencional es “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 de la Constitución Nacional). Sin embargo, la modificación introducida en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación por la Comisión Bicameral no puede ser soslayada a la hora de analizar el presente caso. Pues si bien la práctica de la gestación por sustitución no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico positivo interno, lo cierto es que conforme la redacción actual de la mentada norma “no podrían acceder a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida aquellas mujeres heterosexuales u hombres homosexuales que estén inhibidos de poder llevar a término un embarazo, y por lo tanto, nunca podrían conformar una familia integrada por una mujer y un hombre heterosexuales donde la mujer está incapacitada de poder procrear”, como en el caso de autos (cfr. Gil Domínguez, Andrés, La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico, DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos, N° 30, 11/07/2017).

La norma actualmente reza: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Como se puede observar, aunque la norma no imposibilite la realización de la práctica aquí solicitada de manera directa, sí impide la materialización de sus consecuencias positivas en respeto de la voluntad procreacional y el amor filial exteriorizado a través del consentimiento informado. Pues, en la praxis, no existe manera de eludir su aplicación, generando vínculos jurídicos con la gestante, quien en los hechos, no ha exteriorizado a través del consentimiento previo, informado y libre su voluntad procreacional.

En consecuencia, la norma escapa de la interpretación que pudiere realizar el Suscripto con las reglas que contempla el Código en sus arts. 1 y 2, pues lo que está en juego es “aplicación sí o aplicación no” de la misma. Resultando menester, entonces, realizar un pormenorizado análisis de la norma en juego en contraposición con aquellas de raigambre constitucional-convencional, con el objeto de definir si la misma puede coexistir en el esquema normativo argentino (cfr. CSJN, “Sojo, Eduardo”, Fallos: 32:120; y “Mazzeo, Julio L. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos: 330.3248).

Afirma el Dr. Juan Carlos Hitters (Legitimación democrática del Poder Judicial y control de Convencionalidad, ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal desarrollado los días 8, 9 y 10 de junio de 2011 en la ciudad de Santa Fe), que “es lo cierto que los organismos judiciales internos antes que nada —y esto es obvio— deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y luego y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina” (arts. 1.1 y 2 CAHD).

“Si estamos en el campo de la interpretación parece baladí aclarar que es el juez quien pone en juego los preceptos normativos sin necesidad de reclamo alguno. Es por ello, que si la sentencia debe recaer sobre el objeto litigioso abarcando no sólo la cuestión principal sino también las accesorias e incidentales, parece notorio que en la aplicación del derecho, lo atinente a la constitucionalidad implica, aun ante el silencio de los intervinientes en el juicio, un aspecto central jurídico referible al asunto según el objeto de la contienda” (Bidart Campos, Germán, “El Derecho Constitucional del Poder”, ob. cit. T. II, p. 323).

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006).

De este modo y conforme la doctrina emanada del fallo “Mazzeo” de nuestra Corte Suprema —citado ut supra—, al haberse ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, los jueces, como parte del Estado, están sometidos a ella, debiendo velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, en consonancia con la reforma constitucional de 1994 que da nacimiento al denominado “bloque de constitucionalidad”, los jueces no sólo deben limitarse al control difuso de constitucionalidad sino, también, a ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina, como es el caso de la CADH. Donde no sólo se limita a las normas de la CADH sino también al alcance e interpretación que realiza sobre las mismas la Corte IDH como el Máximo Tribunal Regional encargado de interpretar la CADH.

En consonancia con lo hasta aquí trazado y, puntualmente, en relación al thema decidendum, destacada doctrina sostiene que “...los casos deben ser planteados y resueltos de cara al valladar impuesto por la letra del art. 562 del Cód. Civ. y Comercial (...) declarando la inconstitucionalidad de esta norma en cuanto determina que quien da a luz es el/a progenitor/a de los niños/as nacidos por TRHA [...] lo cierto es que la claridad meridional del artículo 562 del Cód. Civ. y Comercial es tal, que resulta dificultoso compatibilizarla con el ordenamiento jurídico sistémico, es decir, de acuerdo con las fuentes de interpretación previstas en el título preliminar, en particular, con los tratados de derechos humanos, sin tachar su letra de inconstitucional” (Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández Silvia; Derecho Filial, perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales, LA LEY 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 537).

Para ello es dable analizar los derechos que la práctica involucra y que la aplicación de la norma vulnera.

a. En primer término se advierte el derecho humano a fundar una familia. Al respecto, la Corte IDH en el precedente “Artavia Murillo c. Costa Rica” efectúa una interpretación amplia del art. 7 de la CADH señalando que “este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (...) constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones...” (párr. 142 y ss.; sent. del 28/10/2012).

Asimismo, continúa diciendo que la autonomía de voluntad, la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductivos se circunscriben dentro de la vida privada. Se trata del reconocimiento básico de toda persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, pudiendo gozar, asimismo, de los avances de la ciencia (párr. 143 del fallo citado).

De este modo y en coherencia con la doctrina que emana del art. 19 de la CN la práctica aquí pretendida, al no encontrarse prohibida, como se dijo, debe ser receptada favorablemente por la Justicia en la medida que no lesione derechos de terceras personas, cuestión que habré de profundizar con posterioridad al analizar la situación de la persona gestante. Es decir, en principio, la práctica elegida es consecuencia de la historia atravesada por esta familia y la ardua búsqueda de alcanzar la paternidad/maternidad, siendo éste el único camino posible para lograr gestar un hijo con material genético de ambos progenitores, conforme la historia clínica acompañada en autos.

Toda injerencia Estatal que intente alterar esta decisión privada resulta inconstitucional a la luz de la normativa vigente.

Si bien el esqueleto normativo argentino no prohíbe la técnica en cuestión, la aplicación directa e ineludible del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación trae como consecuencia la falta de inscripción registral con aquellas personas que ejercen este derecho humano fundamental, vulnerando sus libertades individuales y su capacidad de autodeterminación en materia reproductiva, al impedirse la materialización concreta de su deseo.

b. En consonancia con ello es dable destacar el rol predominante que presenta la voluntad procreacional en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

El concepto de “voluntad procreacional” no es nuevo, ya a mediados de los ‘60 Díaz de Guijarro la mencionaba entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida” (Díaz de Guijarro Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en JA, 1965-III-21). Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada voluntad procreacional como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las técnicas de fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad (Herrera, De La Torre, Salituri Amezcua, Rodríguez, Vittola en Herrera Marisa (dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tomo I, Rubinzal, Santa Fe 2018, ps. 485/486).

Lamm subraya con elocuencia que “se está ante nuevas realidades que importan una ‘desbiologización y/o desgenetización de la filiación’, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de ‘parentalidad voluntaria’ o ‘voluntad procreacional’ (...) Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo” (Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, ps. 76/91).

Por su parte, Andrés Gil Domínguez destaca que se trata de un derecho humano contemplado en la regla de reconocimiento, así sostiene 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 a las técnicas de reproducción humana asistida (...) Este derecho surge directa y operativamente de la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Y más allá de que un Cód. 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 del linaje” (Gil Domínguez, Andrés, “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico”, 2015, ed. Ediar, p. 36).

Como se puede apreciar, la voluntad juega un papel central en materia de técnicas de reproducción humana asistida, al punto de poner “...en crisis la noción de determinación de la maternidad, disociando la biología (gestación y parto) de la maternidad” (cfr. Notrica, Federico; Curti, Patricio Jesús en Herrera Marisa (Dir.), *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, p. 33).

En coherencia con ello, el respeto de la autonomía de la voluntad y el derecho a formar una familia que detentan las partes, implica, a su vez, respetar su voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento informado que han suscripto en la clínica privada de salud reproductiva; circunstancia que obliga a sortear la aplicación del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, generando vínculos filiales con las partes y no con la persona gestante.

c. En paralelo, entra en juego el principio de igualdad y no discriminación. Es importante detenerse aquí también para señalar dos cuestiones.

La primera de ellas ligada a la limitación contenida en el art. 562 en análisis, pues su aplicación impide, como se señaló, la concreción del derecho humano a formar una familia en contraposición con la voluntad procreacional expresada por los comitentes y aquí requirentes, generando desigualdad y situando a esta familia en concreto en una situación de discriminación en contraposición con otras familias. Nos topamos con un claro caso de discriminación indirecta; es decir, cuando una norma que aparenta ser neutra, su aplicación termina perjudicando a un grupo determinado de personas (Cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, según el Cód. Civ. y Comercial de 2014, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, cap. 1 elaborado por Mariel Molina de Juan, p. 104). Precisamente a aquellas personas solas que no puedan llevar adelante un embarazo a término o parejas de hombres homosexuales o parejas heterosexuales donde la mujer no puede llevar un embarazo a término como en el caso de autos. En otras palabras, el ordenamiento jurídico argentino no brinda una respuesta a estas familias, quedando excluidas de la gama de posibilidades que ofrece el ordenamiento en cuanto a sus tres fuentes filiales y, puntualmente en las TRHA, al goce del avance del desarrollo de la ciencia.

Resulta oportuno remarcar que la Corte IDH se ocupó por primera vez acerca de los alcances del principio de igualdad y no discriminación en el resonante caso “Atala Riffo y niñas c. Chile”, en donde destacó “...que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a

un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (...) El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, 24/02/2012, párr. 79, Corte IDH y OC 4/84 del 19 de enero de 1984, serie A N° 4, párr. 53).

Asimismo, señala que la CADH al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto discriminación. El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en base a las definiciones de discriminación contenidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, define a la discriminación como: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, OG N° 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37 párr. 6).

La segunda cuestión, en sentido abstracto, versa sobre la falta de regulación específica en torno a la gestación por sustitución. Ello genera desigualdad y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación contemplado expresamente en nuestra Constitución Nacional (art. 16), toda vez que, si bien no está prohibida, su falta de inclusión obliga a estas personas a afrontar enormes gastos para poder concretar su deseo de fundar una familia. Y muchas de ellas quedan afuera por no contar con recursos económicos suficientes.

De manera que se puede advertir en casos como el de autos, las graves complicaciones que genera la falta de legislación especial que regule esta práctica, donde no sólo existe un problema con la cobertura (ley 26.682) sino, además, con la erogación que deben ineludiblemente realizar ante la justicia debido a la autorización judicial que requieren.

d. Como se hizo mención, otro derecho involucrado es el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico como derecho humano y central en el ámbito de las TRHA.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad ha dicho: “Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas” (Res. 3384 del 10/11/1975).

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 15 inciso b) sostiene: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

Asimismo, la Declaración Americana en su artículo XIII sostiene que “Toda persona tiene el derecho de [...] disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

Y, por su parte, la Corte IDH ha receptado favorablemente este derecho humano en el ya mencionado caso Artavia Murillo c. Costa Rica, sentencia del 28/11/2012 y reafirmado en la resolución adoptada en el proceso de seguimiento del 26/02/2016.

De modo tal, que estamos frente a un contexto convencional— constitucional que recepta favorablemente este derecho humano fundamental y central en el ámbito de las TRHA, el que se vería menoscabado de aplicarse literalmente el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pues si bien la gestación por sustitución, como se señaló oportunamente, no está prohibida y las partes pueden acceder a ella, la misma no trae aparejada las consecuencias perseguidas como ser: formar una familia; pues generaría vínculos jurídicos con la gestante, quien no ha expresado su voluntad de ser madre. En otras palabras, indirectamente, la norma limita a las personas señaladas en el apartado anterior en cuanto al goce de los beneficios de la ciencia, pues si bien no prohíbe su realización, tampoco la reconoce, “haciendo de cuenta que nunca hubiera existido”. El derecho mira hacia otro lado.

e. En otro orden de ideas, aparece también otro eje central, que ha sido debidamente señalado en el escrito de inicio: la correcta e inmediata inscripción.

Sabido es que en todo decisorio judicial en el cual se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, debe primar el superior interés de éstos, principio brindado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3º, bajado al sistema normativo interno a través de la ley 26.061 (art. 3º) y su par provincial ley 13.298 (art. 4º); y también en el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su artículo 706 inc. c y, en lo referente a la responsabilidad parental —como en el caso de autos— en su art. 639 inc. a.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 5 (2003) ha dicho que el interés superior es un principio que debe aplicarse en todas las medidas que se adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero los afectan (párr. 13).

Tal principio funciona en la práctica como una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular. Se funda en la dignidad misma del ser humano, “siendo preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” (OC-17/2002, Corte IDH). En igual sentido, el Comité de Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3º enuncia uno de los cuatro principios generales de la CDN en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (Observación General N° 14, Comité de Derechos del Niño).

En esta tésis, la Corte IDH en la opinión consultiva N° 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño expresó que el interés superior del niño ha de ser entendido “como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y adolescencia [...] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades”.

Bajo estos lineamientos, debemos preguntarnos si la actual redacción del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación respeta los derechos de la persona que potencialmente pueda nacer por medio de la técnica de gestación por sustitución o atenta directamente contra sus derechos fundamentales.

Según Eleonora Lamm, el interés superior del niño como principio rector del derecho exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica y se garantice una filiación acorde a la realidad volitiva (Lamm, “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Observatori de Bioètica i Dret, UB). Circunstancia que se liga automáticamente con el derecho a la identidad.

La Corte IDH tiene dicho que “...el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (CIDH, 24/02/2011, “Gelman vs. Uruguay”, p. N° 122). Del mismo modo, el Comité Jurídico Interamericano tiene dicho que “...el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana” (cfr. op. cit. p. N° 123 y cit. al pie; y Corte IDH, 31/08/2011, “Contreras y otros c. Salvador”, p. N° 113 y cit. al pie).

En materia de protección de la infancia la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (art. 7º) y que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8º).

Si bien el principio del interés superior del NN y su eventual derecho a la identidad aquí se tratan de manera potencial, lo cierto es que la decisión que aquí recaiga repercutirá directamente sobre los derechos de aquella persona que pueda nacer producto de esta técnica y resulta insoslayable al Suscripto hacer mención acerca de la inscripción registral que recaiga ulteriormente, debiendo expedirme en torno a las consecuencias que acarrea la aplicación del art. en análisis.

Conforme la normativa citada y el art. 11 de la ley 26.061 en consonancia, la aplicación insoslayable del art. 562 en el caso en concreto atentaría contra el interés superior del potencial niño o niña que nazca producto de la técnica de gestación por sustitución, vulnerando su identidad y a que la misma sea reconocida con quienes han expresado, a través del consentimiento informado, su voluntad procreacional.

En base a los lineamientos argumentativos hasta aquí trazados estimo, sin más, que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en el caso en concreto, pues el mismo vulnera el derecho humano a fundar una familia y la capacidad de autodeterminación de los comitentes, quienes no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para garantizar la inscripción del hijo o hija que potencialmente pueda nacer de la realización de la técnica pretendida. Se atenta contra la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación en el campo de las TRHA, entendido como derecho humano y que pone en práctica o materializa el deseo de fundar una familia. También se vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho humano al goce y beneficio del avance del progreso científico en materia reproductiva, al no generar vínculos filiales con D. J. E. Y., finalmente, menoscaba el interés superior del niño y su eventual derecho a la identidad, pues al generar vínculos jurídicos filiales con la persona gestante no se brinda una respuesta coherente y respetuosa de su verdadera identidad en su faz volitiva y, en el caso particular, también genética.

III. Sorteado el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación resta analizar si corresponde en la particular circunstancia de autos conceder la autorización requerida por la partes.

A tales fines, como se adelantó, una poderosa herramienta que sirve de guía para estos casos y ayuda a la formación de una hermenéutica adecuada que propicia el resguardo de los derechos involucrados, puntualmente de la gestante, es la redacción del art. 562 en el Proyecto de Reforma.

De esta manera, conforme las constancias de autos podemos destacar que I. (gestante) resulta ser hermana de la requirente, sometiéndose a la realización de esta práctica por propia voluntad y de modo desinteresado con el objeto de poder ayudarla a concretar su derecho humano a fundar una familia. Asimismo, no resulta óbice destacar que ya ha cursado otros embarazos con anterioridad y cuenta con tres hijos: J., P. e I.

A ello se suma que los aportantes del material genético son los propios comitentes y que la gestante no es aportante de gametos.

Por su parte, en el informe interdisciplinario de fecha 16 de diciembre de 2019 se concluye lo siguiente: “...se desprende una clara y consensuada decisión sobre el proyecto de gestación por sustitución, así como aptitud psíquica, y capacidad de la gestante para concretarlo...” y, en el caso de J., “...se muestra dispuesta a acompañar a su hermana durante la gestación y solventar los gastos económicos que conlleven los controles médicos”.

De este modo, no se evidencian vulneraciones de derechos fundamentales que impidan al Suscripto acogerse favorablemente a la autorización pretendida, correspondiendo autorizar la transferencia embrionaria con material genético de los comitentes en el útero de la aquí gestante, adelantando que el NN que nazca producto de esta técnica deberá ser inscripto inmediatamente en el Registro respetando la voluntad procreacional exteriorizada por los comitentes a través del consentimiento informado.

Por todo ello, doctrina y jurisprudencia citadas, lo normado por los arts. 16, 19, 75 y ctes. CN; arts. 1, 2, 562 y ctes. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 34 incs. 3° y 4°, 163 y ctes. Cód. Proc. Civ. y Comercial fallo: 1°) Declarar la inconstitucionalidad, en el caso en concreto, del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación por los motivos expuestos en el presente. 2°) Autorizar la práctica gestación por sustitución, la que se llevará a cabo con embriones criopreservados con material genético de la pareja D. J. E. - C. M. A. M., transfiriéndose e implantándose —la cantidad que los profesionales tratantes aconsejen— al útero de D. C. I. A tales efectos, oficiese. 3°) Hacer saber a los comitentes que durante la duración del embarazo deberán acompañar emocional y espiritualmente a la gestante, como así también asistirle económicamente en cuanto a los gastos médicos que devengue el proceso. 4°) Adelantar a los efectores de salud intervinientes como así también al Registro de las Personas que la documentación del/los niño/s o niña/s que potencialmente puedan nacer producto de esta técnica deberá ser coincidente con la voluntad procreacional expresada por los comitentes a través del consentimiento informado (arts. 560, 561 Cód. Civ. y Com. de la Nación). A cuyo fin, oficiese. 5°) Imponer las costas en el orden causado (art. 73 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 6°) Regular los honorarios, por el mérito y complejidad de la labor desarrollada, de la Dra. ... (dejándose aclarado que en la actualidad 1 JUS equivale a \$1.870, cfr. Ac. 3972/2020), cantidad a la que se le adicionará el aporte de ley (arts. 1, 9 ap. I inc. e), 10, 15, 16, 17, 54 y 57 ley 14.967). Regístrese. Notifíquese electrónicamente por Secretaría. — Mauro J. Cerdá.