

Exp. N° LZ-52635-2016

B. J. D. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR (277)

LOMAS DE ZAMORA, 30 de noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS: Los presentes que se encuentran en estado de resolver de los que **RESULTA:**

A fs.1 obra solicitud de trámite por Medidas Precautorias (art.232 del CPCC) A fs.82/118 se presentan J. D. B., DNI 34.461.495, S. B. C. DNI 18.250.082 y D. A. G. DNI 31.440.079 con el patrocinio letrado de la Dra. Beatriz De Sousa Inacio. a cargo de la Unidad de Defensa n°10 Descentralizada, peticionando con carácter URGENTE autorización judicial para la inscripción del niño por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el nombre D.N. y con los apellidos de los donantes de los gametos G. y B., en gestación por medio de técnicas de reproducción humana asistida de Alta Complejidad con gametos de la propia pareja G. y B. (FIV/ICSI) y con probable fecha de parto para el 30 de noviembre de 2016.

Las peticionantes relatan que son madre e hija, conforme surge de los vínculos acreditados a fs.15.

J. D. inició una relación de noviazgo con su actual marido a muy corta edad y cuando ella tenía 16 años iniciaron una convivencia que regularizaron contrayendo matrimonio el día 11 de enero de 2013, conforme se acredita con la copia autenticada del certificado de matrimonio obrante a fs. 16, destacando que la pareja siempre convivió en el domicilio materno de J., junto a la madre de esta última.

Cuando la pareja formada por J. y D. decidieron ser padres, J. B. queda embarazada con fecha probable de parto para el día 26 de septiembre de 2012. En el mes de agosto del mismo año, sufre un desprendimiento prematuro de placenta, cuya urgencia culmina en una cesárea y con el resultado del feto muerto, tal como surge del resumen de historia clínica expedido por la Dra. Paula Sepulveda y el certificado de defunción obrante a fs. 73.

En el momento inmediato a la cesárea, ante la falta de retracción del útero y el peligro de muerte de la madre, los médicos actuantes debieron efectuar la histerectomía total, mediante el cual se extirpa la totalidad del útero y el cuello uterino casi en su totalidad.

A través de una recomendación realizada a la Sra. C.J. D., por parte de su empleadora, J. D. y su esposo concurren al Instituto de Ginecología y

Fertilidad Prefer de la localidad de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

En el año 2014, el matrimonio, acompañado por la Sra. C. concurren a la consulta en la institución médica mencionada. Que ya con los antecedentes y los estudios médicos que J. D. portaba, se les explicó que si los ovarios funcionaban correctamente podrían acceder a la realización de técnicas de fertilización asistida, pero que la falta de útero no permitiría la gestación.

Fue ya en ese momento inicial y en esa consulta, en el que la Sra. C. exteriorizó ante el médico que ella se ofrecía a gestar a su futuro nieto si esa era la única posibilidad para que su hija pudiera acceder a la maternidad.

Luego de haberse realizado los estudios médicos y psicológicos correspondientes, el médico explicó a la pareja que podría acceder a la realización de técnicas de reproducción asistida para luego transferir el embrión en el útero de la persona que deseaba gestar en sustitución de la madre biológica. Debido al costo elevado la pareja no pudo acceder en ese momento a la realización del tratamiento.

El deseo de ser padres llevó a la pareja a acercarse nuevamente a la institución médica para solicitar presupuesto. En esa oportunidad el médico explicó a la pareja que, por razones bioéticas, no se realizaban transferencias de embriones a personas mayores de 50 años. Por ello y atento a que la pretensa gestante sustituta se encontraba próxima a cumplir esa edad, aún a riesgo de endeudarse, decidieron afrontar el inicio del tratamiento, para lo cual solo debieron actualizar alguno de los estudios médicos anteriormente realizados.

Así, tal como se acredita con la documentación que se adjunta, previa suscripción del consentimiento informado del matrimonio y de la Sra. C., mediante técnicas de fecundación asistida con óvulo aportado por J. D. B. y espermatozoide aportado por D. A. G., se logró el embrión que se transfirió a la Sra. C. con fecha 23 de marzo de 2016, logrando su implantación y gestación.

Agregan para ilustrar la historia de vida familiar que la Sra. C. ha tenido una sola hija, J. D. y que se encuentra separada del padre de la joven desde hace más de 25 años. Menciona que J. D. se desempeña como ama de casa, habiendo trabajado en varias tareas antes de la pérdida de su único embarazo; a su vez D. se desempeña como empleado de maestranza.

La Sra. C. no tiene vocación procreacional, no tiene intención de tener un hijo, pues su única hija ha sido concebida en forma natural.

A fs. 119, se cita a las partes a la entrevista que se llevaría a cabo ante la Lic. Boggan, psicóloga del Juzgado, y se corre vista de las actuaciones al Ministerio Público.

A fs. 121/122 obra el dictamen de la Dra. Mirta Viqueira .

A fs.121/122 la Sra. Asesora Mirta Silvia Viqueira(Asesoría Nro.4) toma la intervención que le corresponde respecto del niño por nacer, conforme al art.103 CCCoN y art.38 Ley 14442, y peticiona que se resuelvan los presentes con la máxima celeridad posible teniendo en cuenta los derechos fundamentales del niño por nacer, tales como el derecho a la identidad y en consecuencia su inmediata inscripción en el momento del nacimiento (arts.7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 11 de la ley 26.061) formalizándose en el Registro la filiación que judicialmente corresponde; ello sin perjuicio de los derechos a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, a formar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, como así también lo dispuesto por el art.25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (arts. 1 y 2 del CCCoN). Asimismo solicita que se denuncie en autos el estado civil de la Sra. C. y se cite a las partes a una audiencia.

A fs.124 obra el acta de audiencia a la que concurren la Dra. Mirta Silvia Viqueira de la Asesoría Nro.4 del Ministerio Público, el matrimonio B-G y la Sra. S. B. C..

La Sra. C. manifiesta que luego de haber realizado el tratamiento médico en el instituto Prefer, se encuentra siendo atendida por la Dra. Julieta Ruggeri en el Hospital Santamarina de Monte Grande, lugar en el que nacerá su nieto mediante una cesárea programada el día 7 de diciembre. Agrega que en ese mismo momento le proporcionarán el tratamiento necesario, a efectos de inhibir la lactancia. A su vez la Sra. B. lleva a cabo en el Hospital Narciso López de Lanús un tratamiento para amamantar a su hijo.

La Sra. C. se encuentra gozando de licencia por maternidad.

En relación al Sr. G. expresa que trabaja en la empresa Eilim, por lo que peticiona se le extienda la licencia por paternidad.

En dicha audiencia la Sra. C. manifiesta que si bien está separada de hecho, todavía no se ha divorciado del padre de su hija, J. M. B. .

A fs. 131 comparece al Sr. J. M. B. DNI 20.021.858 con el patrocinio letrado del Dr. Pablo Lopez Villa, secretario de la Defensoría General, en representación de la Defensoría Civil n°7, quien luego de haber sido informado acerca del trámite de las presentes actuaciones expresa su conformidad con la solicitud efectuada por los peticionantes

A fs. 128/130 se encuentra agregado el informe realizado por la perito psicóloga del Equipo Técnico, Licenciada Mónica Boggan en relación a la entrevista mantenida con los solicitantes.

De las conclusiones del detallado informe se desprende que: los entrevistados se presentan en adecuado estado de cuidado personal, con actitud colaboradora, ansiosa, alegre y expectante ante la situación que transitan. Se manifiestan con un vocabulario correcto y sus respectivos discursos son coherentes. No se evidencian signos de posible patología psíquica en ninguno de los presentes en el momento actual.

La Sra. C. es la madre de la Sra. B. y la suegra del Sr. G., esposo de ésta última. La primera cursa un embarazo con posible fecha de parto para el 7 de diciembre próximo. Por su aspecto físico, especialmente por el volumen de su vientre, no aparenta un embarazo tan avanzado. En la fecha mencionada se practicará una cesárea programada con inhibición de producción láctea para evitar el amamantamiento. Estas prevenciones implican cuidados psíquicos respecto de todo el grupo familiar, respondiendo a la situación particular por la que atraviesan para mantener lo más saludablemente posible el vínculo que unirá a cada uno de ellos con el bebé por nacer.

El embarazo de la Sra. C. fue inducido por medio de un tratamiento médico de fertilización asistida realizado por la Sra. B. y su esposo el Sr. G., quienes hace cuatro años perdieron un embarazo por muerte fetal con pérdida también del útero de la Sra. B.. Con lo ocurrido el matrimonio B.-G. ha padecido una pérdida doble, no sólo por la muerte de la hija que esperaban con la ilusión de ver cumplido sus respectivos anhelos de paternar y maternar, ampliando su familia, sino también por la imposibilidad de gestación futura y por ende de llevar a cabo el proyecto familiar que deseaban. El matrimonio recibió asistencia psicológica para atravesar el proceso de duelo correspondiente y asumir otras posibilidades para llevar a cabo su proyecto familiar. La fertilización asistida era una de ellas y la primera a poner en práctica. La edad, así como las condiciones clínicas y psíquicas de la progenitora de la Sra. B. eran positivas según las evaluaciones realizadas por los médicos y la disposición de la misma óptima por el sentimiento de amor materno-filial que la une a su única hija. El sufrimiento de la Sra. B. se hizo extensivo hacia su madre quien padeció el dolor por la frustración de su hija y por la imposibilidad de tener los nietos deseados. La infelicidad de su hija produjo en ella el intenso deseo de favorecer en la medida de sus posibilidades el anhelo de su hija, alojando también en su deseo y en su cuerpo al nieto tan esperado. Desde el inicio del procedimiento

gestacional la Sra. C. también fue asistida psicológicamente. La misma tiene plena conciencia de que la gestación corresponde a su nieto y que la función materna correrá por cuenta de su hija y madre biológica del niño. La Sra. B. tiene el sistema endócrino en saludable estado por lo cual se estaría preparando para una futura lactancia de su hijo, induciendo su organismo a tales fines. El ejercicio de amamantamiento es la base que establecerá el vínculo primario del bebé y con éste vínculo las potencialidades constitutivas psíquicas del niño, por lo cual es primordial que quien vaya a ejercer la función materna pueda iniciar ese vínculo de manera natural.

Las relaciones del matrimonio entre sí y cada uno de los miembros de la pareja con la abuela del niño por nacer, impresionan como óptimas. Teniendo en cuenta el vínculo amoroso que une madre, hija y yerno y por las prevenciones médicas tenidas en cuenta en el procedimiento de fertilización entre las que se ha integrado lo médico con lo psicológico y sus consecuencias en el niño por nacer, considero que cada uno de los integrantes del grupo familiar está en condiciones de ejercer el rol que corresponde para preservar la salud psíquica del niño y de cada uno de los miembros del grupo familiar. Sus padres biológicos, el matrimonio B.G., ya ha elegido el nombre con el que nominarán a su hijo cuando nazca.

Por todo lo expuesto, no se observan obstáculos para que el niño por nacer sea considerado legalmente el hijo del matrimonio B.-G. y nieto de la Sra. C..

A fs.132 se corre vista urgente al Sr. Agente Fiscal, Dr.Alejandro Vidaurre, y la Sra. Asesora interviniente, Dra. Mirta Silvia Viqueira.

A fs.133/135 el Agente Fiscal, se expide favorablemente sobre lo peticionado.

A fs.136 se remiten los autos al Ministerio Público.

A fs.137/141 la Sra. Asesora dictamina favorablemente respecto de la medida y pasan los autos a resolver. Entiende la representante del Ministerio Público que teniendo en cuenta el interés superior de su representado, "el mismo se lograría si se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad procreacional de los comitentes quienes lo recibirán al momento de su nacimiento con todo el amor filial, ya que si no fuera por la voluntad de ser padres, el niño no habría sido en ese momento concebido./Como así también que esa realidad jurídica se refleje en su pronta inscripción en la que consten como progenitores jurídicos del mismo la Sra. J. D. B. y el Sr. D. A. G.. Finalmente, se exhorta a las partes que revelen al niño oportunamente las circunstancias

de su nacimiento, y se solicita que se haga lugar a la medida cautelar impetrada en autos.”

A fs. 142 se encuentra agregado el certificado de matrimonio de la Sra. S. B. C.

Y CONSIDERANDO: En autos se ha planteado una cuestión derivada de un tipo de gestación por sustitución, de los calificados como de baja complejidad, debido a la combinación de elementos fácticos que lo sustentan. Se trata de una pareja heterosexual imposibilitada de procrear, J. D. B. y D. A. G., en virtud de la diversidad reproductiva de la mujer a quien se le ha efectuado una histerectomía total, mediante la cual se le extirpa la totalidad del útero y el cuello uterino casi en su totalidad, lo que le impide gestar pero no producir óvulos; una mujer gestante, S. B. C. –madre de J. D. B. quien resulta ser su única hija–, casada con J. M. B., pero separada de hecho de él desde hace más de 25 años y un niño por nacer con absoluta simetría genética, respecto de la pareja B.-G., que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre.

Se trata de un expediente judicial en el que intervinieron, además de los peticionantes, el Ministerio Público, el Ministerio Público Fiscal, en el que se solicita la inscripción inmediata del nacimiento del niño por nacer D. N. como hijo de J. y D. – vale decir, conforme a la voluntad procreacional, expresada en el consentimiento informado.

I. La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida –en adelante 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 inscribir el nacimiento del niño por nacer como hijo de la mujer que ha aportado el óvulo y de su pareja que ha aportado el esperma para que, luego de la fertilización *in vitro*, se le implantara el embrión a la mujer gestante.

De los distintos métodos de reproducción humana asistida la gestación por sustitución es la que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica. De ello da cuenta la carga semántica de algunos de los términos utilizados para designar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler y madres gestantes.

Asimismo, en esta técnica participan, directa e indirectamente, múltiples actores: padres comitentes, contratantes o intencionales; la gestante, madre sustituta o “madre de alquiler”; el donante de esperma o el donante de óvulos; hija/os de las mujeres gestantes; clínicas especializadas, agencias intermediarias.

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.

En los ordenamientos jurídicos en los que la gestación por sustitución se halla instrumentada a través de acuerdos comerciales, una persona o pareja comitente paga a la gestante una suma de dinero destinada a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, además de una suma a la agencia intermediaria, que es la encargada de buscar a la mujer que ha de gestar y de formalizar el acuerdo entre las partes.

Cabe señalar que se trata de una compensación y no de una retribución. “Aunque por no haber beneficio económico puede parecer que el campo es reducido, lo cierto es que las posibilidades son amplias”. De ello da cuenta un estudio, citado por Eleonora Lamm, en el que se entrevistó a 31 mujeres gestantes con relación a “la motivación más común.” El resultado fue que 91% de las entrevistadas dijo que fue “por querer ayudar a una pareja que no puede tener hijos”; 15% expresó que “disfrutaban del embarazo”; 6%, “por satisfacción personal” y solamente el 3% -vale decir, una mujer gestante- respondió que “el pago fue el motivo determinante”. (Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres”, Colección Bioética de la Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013).

Otro aspecto, que redundando en la complejidad con que se caracteriza a la técnica de la gestación por sustitución, son sus diversas modalidades.

Las dos modalidades básicas son la gestación tradicional, plena o total y la gestacional o parcial.

En la primera modalidad, la mujer gestante aporta los gametos femeninos (los óvulos) que son fecundados con esperma del comitente o de un donante. En estos casos es suficiente el recurso a la inseminación artificial.

En el dec. 956/2013 (B.O.: 23/7/2013) que reglamenta la Ley 26.862: "...Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante". (art.2)

En la modalidad gestacional, como es el caso de autos, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la mujer gestante, que normalmente es la madre comitente.

Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

Respecto de esta modalidad, en el decreto mencionado *supra*, se establece que "se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos..." (art. 2°).

Más allá de esta distinción básica, la doctrina ha diferenciado cinco modalidades distintas:

Es posible, en primer lugar, que recurran a esta técnica parejas conformadas por personas de distinto sexo en las que la mujer se halla aquejada de infertilidad uterina, pero produce óvulos. En tal caso, lo habitual es que a la mujer gestante le sean implantados embriones ajenos: óvulos de la mujer comitente, fecundados por su propia pareja, como en el caso de autos.

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.

En segundo lugar, también cabe la posibilidad de que la infertilidad de la mujer comitente sea además ovárica, de manera que sea preciso que la propia mujer gestante u otra mujer (donante) aporten óvulos para su fecundación por parte del hombre de la pareja comitente y su posterior implantación en la mujer gestante.

Además, a la gestación por sustitución suelen acudir parejas del mismo sexo, fundamentalmente hombres, 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).

El Anteproyecto del CCCoN–, regulaba expresamente la gestación por sustitución, que fue posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.

No obstante, se sostiene por parte de la doctrina que la gestación por sustitución no ha sido prohibida, lo que significa que la cuestión queda sujeta a la discrecionalidad judicial. En consecuencia, en la actualidad cobran especial relevancia las decisiones judiciales, ya que en las decisiones a adoptar se deben proteger los derechos de todas las personas intervinientes, en especial el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

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 de 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 CCCoN, 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.

Recordemos que en el CCCoN, aprobado por Ley 26.994, 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.

La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.

Según el texto del Anteproyecto del CCCoN, en el que se contemplaba la gestación por sustitución:

“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCCoN se explica que: “El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El proyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como turismo reproductivo); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario

regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición”.

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por ello, el artículo exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. Este consentimiento debería ser homologado por autoridad judicial.

II. 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 la 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, decisional y autónomo". (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13)

Así, la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado.

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)

En este sentido, la 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), a la que me referiré en el próximo acápite con mayor amplitud por su trascendencia para resolver la cuestión.

Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-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 artículos 2, 7 y 8 sumados a que el Ministerio de Salud tiene como obligación legal “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho igualitario de todos los beneficiarios” trae como consecuencia que la GS haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional.”

En el art.2 de la ley 26862 se estipula que las técnicas pueden incluir o no la donación de gametos (masculino o femeninos) o embriones. El artículo 7 solamente requiere el consentimiento informado de una persona mayor de dieciocho años (expresado conforme a Ley 26529 Ley de derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, y arts. Arts.560 y 561 CCCoN).

El artículo 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”.

También el artículo 8 garantiza servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos de las personas –incluso de los menores de 18 años- que, aun sin querer llevar a delante la inmediata consecución de un embarazo por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, puedan ver comprometidas su capacidad para procrear en el futuro.

Por último, dicho artículo incorpora como procedimiento y técnicas a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de donante. Concluye el jurista que la combinación de estos artículos trae como “ineludible consecuencia que la gestación por sustitución haya quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional.” (Gil Dominguez, Andrés, op.cit, p.43)

Agrega “la ley es tan precisa en su proyección que posibilita que una persona guarde sus gametos para poder procrear en el futuro. ¿Cómo va a poder ejercer este derecho una mujer que perdió su capacidad de concebir si no es a través de una mujer gestante?” (Gil Dominguez, Andrés, op.cit, p.46)

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.

El propósito del acceso integral a los procedimientos y TRHA es asegurar que se halle libre de obstáculos fácticos, económicos, normativos y de cualquier índole desproporcionada o discriminatoria.

En la actualidad, la ley 26.862, en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, garantizaría el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir 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 tecnológico.

En este marco normativo, puede afirmarse que J. D. B. titulariza con su marido , en igualdad de condiciones con los demás, el derecho fundamental y humano de recurrir a dichos procedimientos y técnicas sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, la única forma de garantizar efectivamente ese acceso deriva en la denominada gestación por sustitución.

Ante la imposibilidad de J. D. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, la gestación por otra mujer –en este caso su madre S. B. C.– 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.

III. “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Respecto del respeto del principio de igualdad y no discriminación, que forma parte del *ius cogens*, cabe recordar lo que señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”:

“285. La Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre ‘distinciones’ y ‘discriminaciones’, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. En el presente caso, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho de fundar una familia, y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la FIV. Por tanto, la Corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del artículo 24_ sino a la luz del artículo 1.1_ de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 de la misma_”.

“286. El Tribunal ha señalado 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_. 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_. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”_. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo_”.

La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó en el caso, si había existido un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

En particular, respecto de la discapacidad, la Corte IDH concluyó que “teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (*supra* párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

Para así concluir tuvo en cuenta, que “la Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) 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” (*supra* párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares”. La perita Garza testificó que “[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto...dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer”. En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas “difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aún cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico”.

A lo que agregó que: “284. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Mientras que el perito Caruso consideró que solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto sólo en casos específicos. El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad”, considerando que: “[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la `discapacidad` es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, ésta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el

funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida”_.

“291. Así, en las Convenciones anteriormente mencionadas [se refiere a las Convenciones de Naciones Unidas y a la Interamericana en materia de discapacidad] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva_. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales_ o socioeconómicas”.

“292. 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. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares nece

(proporcionado por el Tribunal)