

Los nombres de las personas involucradas serán editados para resguardar el derecho a la intimidad

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL MONTEROS

Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación

ACTUACIONES N°: 688/22



H30101216222

JUICIO: D.,C. Y., F. D. y E.,B.S. s/ AUTORIZACION JUDICIAL. EXPTE N° 688/22.

Monteros, 30 de agosto de 2022.-

| | |
|-------------------------------------|------------------------|
| Juzg.Civil en Familia y Suc. | |
| Unica Nominación | |
| REGISTRADO | |
| N° de Sentencia | N° Expte. y Año |
| 1287 | 688/22 |

En estado de dictar sentencia, éste expediente identificado como "D.,C.Y., F.D. y E.,B.S. S/ AUTORIZACIÓN, N° 688/22", cuya finalidad es la autorización para la técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución.

LA INTRODUCCIÓN

Anticipo que voy utilizar la primera persona para la redacción. Usaré expresiones sencillas para dirigirme a mis destinatarios, sin perjuicio de resguardar el lenguaje que técnicamente corresponda aplicar en el contexto del análisis normativo. Por último, e independientemente de la identificación formal que hicieran cada una de las personas involucradas en este proceso judicial, por mi parte, y a lo largo de este texto los llamaré por sus nombres y el apodo que cada cual utilizó al momento de la entrevista presencial. De modo tal, que esta sentencia está dirigida a Coni y Dante (progenitores de intención) y a Brenda y Arturo (ella es quien recibirá en su útero el embrión de aquellos para gestarlo, y

él es su marido quien adhiere de modo colaborativo a este proceso).

Esta sentencia aspira poner un orden legal a una práctica médica factible y transformadora de las parentalidades originalmente conocidas.

En función de la autorización requerida y los fundamentos esgrimidos, esta decisión tiene como objetivo central, instaurar las condiciones legales para que:

- El equipo de profesionales tratante comience los procedimientos clínicos que la biotecnología requiere en la técnica de reproducción medicamente asistida y de alta complejidad que fuera escogida, es decir, la gestación por sustitución.
- La carencia de regulación legal en la materia, no obstaculice disfrutar de los progresos científicos, en consecuencia, planificar la familia deseada.
- La disociación entre quien gesta y quien aporta el material genético (en este caso, el embrión), sea el punto neurálgico del análisis legal y las consecuencias jurídicas para el futuro emplazamiento filial, si el nacimiento ocurriere.
- A todo fin, se obtenga la identificación real del recién nacido y que tales datos reflejen la información tanto genética como gestacional.

En definitiva, **pueda ser realidad** su proyecto de vida y se permita cumplir el deseo de integrar la familia a una pareja que, por condiciones de salud está impedida de llevar adelante un embarazo.

Que, el acuerdo reproductivo formalizado entre estas personas y la práctica encarada adquiera el reconocimiento judicial lo suficientemente eficaz para superar y reparar el vacío legislativo. Que ningún silencio de ese tipo pueda ocultar el ejercicio de la libertad individual.

Hecho este prólogo, continuo con la reseña del expediente, para luego fundar mi decisión y finalmente precisar los aspectos de su cumplimiento.

LA RESEÑA DEL EXPEDIENTE

Si bien es cierto, que en este apartado corresponde hacer la crónica de los antecedentes y de la documentación agregada en el expediente, no es menos cierto que todo aquello (más que una reseña) hace alusión concreta -tal como ellos mismos lo explican- a las vicisitudes de salud que atravesaron Coni y Dante. La concepción de su primer hijo demandó riesgos de vida tanto para la madre como para el niño. Los estudios posteriores y el diagnóstico obtenido dan cuenta que resulta imposible la gestación por parte de Coni. Razón por la cual, acuden a la gestación por sustitución, cuya finalidad es la transferencia

al útero de Brenda del último embrión que la pareja parental tiene disponible.

Por su lado, Brenda y Arturo, exponen su realidad, la de su familia y las motivaciones para adherirse solidariamente en la causa que moviliza a Coni y Dante. Por consiguiente, están de acuerdo en que sea Brenda la que lleve adelante la gestación sustituta.

El consentimiento previo e informado de todos ellos consta en este expediente.

De allí que, solo evocaré los hechos de sus vidas - algunos, no todos- que justifican la autorización judicial pretendida.

Para empezar, Coni y Dante señalan que están casados desde el año 2011. Ambos son profesionales de la salud. Tras años de intentar formar una familia sin que naturalmente pudieran, hicieron las consultas médicas de rigor. El Dr. S.M. diagnosticó "mioma uterino que impide la formación de bebés". Ante esta coyuntura, decidieron acudir a los procedimientos de la reproducción medicamente asistida (TRHA).

Como resultado de esos procedimientos, la pareja logra fecundar 5 embriones con material genético propio. Sin embargo, Coni consigue solo un embarazo. En el año 2014 nace Lautaro. Más tarde hicieron otros dos intentos (2017 y 2021). Fracasaron. Las secuelas dejan huellas insalvables tanto físicas como emocionales. En la actualidad, Coni no tiene posibilidad de gestar. El impedimento es real. La recomendación médica es la gestación por sustitución. Tanto Coni como Dante acreditan los efectos (y duelos anímicos) que todos aquellos empeños y ensayos médicos provocaron.

El día de hoy, Coni y Dante cuentan con tan solo un embrión en condiciones de ser transferido.

Es así que, en ejercicio de la más plena libertad individual, y como consecuencia de los avances de la biotecnología, recurren a una TRHA de mayor sofisticación para la consecución del embarazo y probable nacimiento de un hijo/a. En efecto, acuden -como única posibilidad- a la sustitución uterina o gestación por sustitución. Esta práctica consiste en un procedimiento médico de alta complejidad que incluye embrión con gametos propios¹ transferido al útero de otra mujer.

Y de esta manera, llega el turno de referirme a Brenda y Arturo. Pareja casada. Ella será la gestante. Ambos componen una familia con tres hijos de 10, 9 y 4 años. Tanto Brenda como Arturo conocen los alcances de esta TRHA, y que, como tal, tiene su fundamento en un acuerdo reproductivo de carácter colaborativo que permite a Coni y Dante completar su proyección familiar.

¹ En los términos amplios de la Ley 26.862 en concordancia con el artículo 19 de la Constitución Nacional [CN]

Este es el contexto de este caso. Es por eso que solicitan la autorización judicial. La gestación por sustitución, como procedimiento médico de las TRHA, no está prevista en nuestra legislación. No obstante, no resulta desconocida. A nivel nacional contamos con precedentes judiciales favorables y que habilitaron el método.

La implicancia legal que conlleva, es justamente lo relacionado con el inevitable desplazamiento de la maternidad de Brenda y la consecuente supresión de las presunciones de la paternidad de Arturo (artículo 565, 566 del Código Civil y Comercial [CCCN]). A su vez, el emplazamiento de Coni y Dante como los progenitores de quien naciera.

Tampoco se trata del supuesto previsto en el artículo 562 del CCCN.

En definitiva, para estas personas que decidieron experimentar la gestación por sustitución como expresión de una acción privada, ¿existe razón fundada para restringir tal derecho individual?

- Un momento significativo: la audiencia.

Tan pronto se hicieran las diligencias formales de este proceso judicial, tuvimos la oportunidad de celebrar la audiencia con Coni y Arturo (los padres de intención), y con Brenda y Arturo (la mujer gestante y el esposo). La audiencia fue presencial y con asistencia técnica.

En dicha ocasión, las palabras y el diálogo fueron lo suficientemente elocuente como para dejar en claro sus pretensiones legales, sus necesidades vitales, las creencias personales y la fe que los moviliza.

Pude conocer algunos otros detalles del entorno de sus vidas, como así también, de lo relativo al procedimiento médico emprendido. No puedo soslayar que, de la interacción en ese momento, resultó interesante enterarme qué y cómo tiene pensado explicar a sus respectivos hijos lo que podría ocurrir en el cuerpo de Brenda en caso que se logre el embarazo. Como así también de lo que no sucedería en el cuerpo de Coni si eso se concreta. Luego, y para el caso que naciera el niño o niña, poder poner en palabras qué lazos familiares tendrá y que otros lazos no habrá. Circunstancias todas ellas, por cierto, que si a las personas adultas resulta complicado de razonar, más trabajo demandará para brindar la información en términos adecuados, a estos otros niños involucrados indirectamente en la planificación parental y al acuerdo reproductivo de sus respectivos padres y madres.

▪ Un detalle central: cartas manuscritas como símbolo de un proyecto vital, y del derecho a conocer el origen gestacional para quien naciere de la TRHA.

Coni, Brenda, Dante y Arturo escribieron cada uno su propia carta. Entregadas en sobres cerrados. Hoy están digitalizadas y resguardadas en su versión papel. Sus trazos son para un tiempo futuro. Dirigidas a quien -hoy- se desconoce. Lo único cierto es la esperanza. Por lo demás, la incerteza.

Forman parte del contenido de este expediente. La encomienda es que sean protegidas y entregadas -llegado el momento y bajo condición suspensiva- a quien naciere de esta gestación por sustitución. La finalidad es que la información se encuentre disponible para cuando esa persona decida conocer la constitución de sus orígenes (biológico y gestacional).

En otras palabras, desde una dimensión subjetiva, contar con la información necesaria que permita conocer el orden instituyente, legal y simbólico, de su llegada al mundo.

▪ Los documentos del expediente:

- a) El pedido de autorización para la transferencia embrionaria a la mujer gestante.
- b) Los documentos clínicos extendido por el Dr. C. S. M.
- c) El consentimiento informado.
- d) El acta de audiencia.
- e) EL dictamen de la Sra. Agente Fiscal en sentido favorable a la autorización requerida como también la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 CCCN.
- f) Cuatro cartas escritas por Coni, Brenda, Dante y Arturo. Con el propósito de integrar no solo el legajo base, sino que integre la documentación original del expediente y pueda estar disponible -a futuro- para quien naciera.
- g) El pago de gastos judiciales.

Y luego de todo aquello, donde la privacidad de sus vidas queda expuesta ante terceros desconocidos, traigo esta reflexión, que no me pertenece, pero que azota mis ánimos para apropiarse de los criterios legales que son obligatorio desarrollar: *“cuando alguien te deja entrar en su alma, quítate los zapatos. Hay lugares que son sagrados”*.

Asumiendo el consejo y con respeto, avanzo.

CUESTIONES LEGALES A DISCERNIR

Comienzo con algunos interrogantes:

- ¿Qué es lo que debo discernir desde el orden legal?
- ¿Qué derechos son los que están en conflicto? ¿Los hay? ¿Quién es el titular?
- En su caso ¿podrían ser limitados o negados?
- ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable?
- ¿Pueden ser controvertibles los derechos?
- ¿Quedaría en tensión el régimen actual de la determinación de la maternidad y la paternidad presumida por ley?

- En caso de nacimiento ¿qué inscripción corresponde?
- En este caso y su singularidad, ¿cuál es la compatibilidad con la protección de datos personales?

No serán respuestas exactas. Creo que no las hay. Tampoco en el orden que fueron formuladas. Al decir de Dworkin "en ocasiones, no hay una respuesta correcta ni una sola respuesta, sino solamente respuestas"².

Los argumentos técnicos que justifican la viabilidad de la autorización requerida serán repartidos del siguiente modo:

- Primer momento: signado para la transferencia embrionaria.
- El segundo momento: la gestación, eventual parto de Brenda y el nacimiento del niño/a. Las incidencias jurídicas.

- **PARA EL PRIMER MOMENTO**

A. La transferencia embrionaria al útero de Brenda. La gestación por sustitución como procedimiento médico en las TRHA:

La gestación por sustitución (en adelante GS) carece de regulación legal en nuestro país. La ley que rige en materia de reproducción medicamente asistida es la 26.862. Entre los conceptos que recoge la norma, se encuentra el siguiente: [...] Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación [...]. Esa norma, aún sin haberla comprendido, tampoco la impide.

Claramente la GS constituye un procedimiento y técnica que, al carecer de la autorización por parte del Ministerio de Salud de la Nación (art. 3 de la 26.862³), requiere de la aprobación judicial.

Entiendo que, no existe razón legal alguna que impida a los requirentes acceder a los beneficios de la biotecnología. Dado que, de esa forma, aprovechan los avances y resultados eficientes de la ciencia para el proyecto parental emprendido por Coni y Dante, con la colaboración de Brenda y Arturo.

Para conceder la autorización tengo en cuenta que la Ciencia, como tal, es un Derecho Humano. Así es reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Por su lado, a nivel interamericano está contenido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). El Protocolo de San Salvador sobre Derechos

² Dworkin, Ronal, "Los Derechos en serio", Editorial Ariel, Traducción Marta Guastavino, 8º edición, 2010, España, pág.396

³ ARTICULO 3º — Autoridad de aplicación. Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

Económicos Sociales y Culturales - DESC (1988), incorpora este derecho al progreso tecnológico.

En el mismo sentido, la UNESCO afirma que el avance de la ciencia, tiene una especial responsabilidad por abogar en la defensa y la promoción del Derecho a la Ciencia, así como por buscar que el progreso científico respete, garantice y promueva otros derechos⁴.

Concluyo este apartado, señalando que, sin duda alguna la GS constituye una evolución (y revolución) de la medicina reproductiva. Razón por la que, las personas requirentes de esta autorización tienen derecho a gozar de sus beneficios. En materia de derechos, el Estado (en mi función jurisdiccional) garantiza a todas las personas, conforme al principio de progresividad y no discriminación el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios, de conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República, debiendo tener presente que, conforme a la cláusula constitucional de los derechos innominados, los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos -como en la GS- no menoscaba el ejercicio de los mismos.

A propósito de ello, esta sentencia está dentro de la lista de precedentes, alrededor de 77, resueltos anteriormente por otros tribunales. Todos en sentido favorable. De manera que, este fallo solo engrosará aquella lista. Pese a ello, y aun siendo uno más de los `casos resueltos´ lleva implícita la labor judicial en pos de recoger la presión directa de personas que, ante la imposibilidad de gestar por razones de salud, sexo, género u orientación sexual, reclaman el cambio que la ley silencia y la realidad impone.

El acceso a la GS como técnica de reproducción medicamente asistida es un derecho. El cambio social ya existe. Ignorarlo es una injusticia. La regulación legal deviene inexcusable.

En palabras de Federico Notrica, *la gestación por sustitución plantea cuestiones sumamente importantes con los derechos humanos, el impacto en la vida individual y familiar de cada persona, los avances científicos y tecnológicos y las demandas sociales que cada vez son más complejas*⁵.

B. La Constitución Nacional y el Bloque Constitucional como regla de derechos.

- El preámbulo de la Carta Magna expresa:

⁴ <https://es.unesco.org/fieldoffice/montevideo/DerechoALaCiencia>

⁵ Notrica, Federico P. "La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida", en Derecho de las Familias-Temas de fondo y forma, Contexto, Chaco 2021, pág. 380

*Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, **afianzar la justicia**, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, **promover el bienestar general**, y **asegurar los beneficios de la libertad**, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina. (las negritas me pertenecen)*

De tal excelsa declaración de libertad, rescato tres nociones que irradian el sentido concreto por el que corre esta decisión.

- **Afianzar la justicia**: entendido como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa mediante pronunciamientos que conduzcan a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen de las constancias del pleito⁶.

Es mi obligación, en este caso, consagrar este principio fundamental. Que no exista ley especial para la gestación por sustitución, no significa que las personas involucradas en esta técnica estén privadas del acceso a ella y excluidos de los beneficios del progreso de la ciencia. Por el contrario, lo injusto es la anomia.

- **Promover el bienestar general**:

[...] éste no se limita a ser una mera declaración previa al texto constitucional, sino -como recuerda ESCOLA (1965)- un medio de "hacer conocer los males que ha querido remediar y el fin que ha querido alcanzar"(STORY), en términos de "revelación de las miras que ha tenido...y las necesidades que se ha propuesto satisfacer", de modo tal de servir a "cuestiones prácticas" referidas a "la legislación" y a "la política del gobierno"(ALBERDI) -loc. cit.-. No se trata, entonces, de un principio teórico o abstracto, sino de una directiva a los órganos estatales (en términos de legislación de políticas activas, pero, también, como pauta interpretativa), que los gobiernos de turno deberían acatar[...]⁷

- **Afianzar los beneficios de la libertad**...: enunciado que guarda directa consonancia con el artículo 19⁸ del texto constitucional. Norma esta última, que consolida el derecho a la privacidad y a la intimidad. Dos derechos que no deben confundirse. El primero presupone el segundo. Sin detenerme en esta distinción -pues exigiría extensión innecesaria de páginas- solo dejo sentado que han sido interpretados de forma equivalente sin que así lo sean. Pese a ello, lo que importa aquí, y así lo recalco, es que las acciones privadas que próximamente asumirán Coni,

⁶ Corte Suprema de Justicia de La Nación, en autos: Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otros s/sumarísimo, Sentencia de fecha 29/04/2021. Magistrados: Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti

⁷ Condomí, Alfredo M. "Promover el bienestar general": la difícil articulación económico-social", publicado en SAIJ - 2 de diciembre de 2019 -www.saij.gov.ar-Id SAIJ: DACF190199

⁸ ARTÍCULO 19. - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Brenda, Dante y Arturo en ningún modo ofenden al orden público ni perjudican los derechos ajenos, razón por la cual el Estado y la comunidad está obligada a respetar toda vez que pertenecen a su propia privacidad, aun cuando desentonen con pautas del obrar colectivo⁹. La obligación que me cabe, como órgano del Estado, es proteger y garantizar el derecho a la vida privada, por ende, generar las condiciones mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a evitar condiciones que la dificulten o impidan (artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre [CADH]¹⁰)

Resumidamente, el artículo 19 de la CN, lleva ínsito el derecho a la vida privada como un derecho humano cardinal en armonía con el artículo 11, 17 y 26 de la CADH¹¹, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

El derecho a la vida privada y la libertad (lo que incluye la autonomía reproductiva) guarda relación con el derecho de acceder al más alto y efectivo progreso de la biotecnología que lleva implícita la posibilidad de formar una familia. Concepción ésta última, que fue conocida en el precedente `Artavia Murillo´ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³.

Para cerrar esta apartado, me adhiero al pensamiento de Dworkin cuando refiere "...la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El Derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría o del gobierno..."¹⁴.

En este caso, reitero, lo injusto y lo ofensivo es, precisamente, la ausencia de normas internas específicas para la gestación por sustitución, como otro de los procedimientos aceptados para las TRHA, y, por consiguiente, como fuente de la filiación.

Hasta aquí, como apuntara más arriba, nuestro país solo cuenta con sentencias individuales que autorizan esa práctica, o bien, que desplazan la filiación de la mujer que da a luz para emplazar a los progenitores de intención. En hora buena. Pero, aun así, sigue siendo insuficiente. Entre la laguna jurídica y la realidad que se impone, quedan excluidos los individuos que están impedidos de proyectar su descendencia

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Albarracín Nieves" (Fallos 335:799. 2012)

¹⁰ CADH. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹¹ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

¹² Artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques

¹³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

¹⁴ Dworkin, Ronald "Los derechos en serio" (1977), Editorial Ariel, 8º edición, 2010 Barcelona (traducción Marta Guastavino), pág 17,

por las vías naturales (sin considerar la causa que lo provocara).

Platón decía: *"no hay peor forma de injusticia que la justicia simulada"*.

A partir del pensamiento de ese sabio, voy a dejar de lado las simulaciones y, por ende, la autorización es concedida como medida de acción positiva en los términos del artículo 28 de nuestra Carta Magna¹⁵. Con algunas precisiones respecto de: los desplazamientos y emplazamientos filiatorios; la documentación del recién nacido con su respectiva inscripción identitaria y la preservación de la información gestacional como un derecho personalísimo de la persona por nacer.

- PARA EL SEGUNDO MOMENTO

En los próximos apartados voy a tratar los temas que se relacionan con la determinación de la maternidad, la filiación del niño o niña que naciere como fruto de la GS.

La tensión del Derecho es notoria. Veamos:

- A. Determinación de la maternidad (artículo 562¹⁶ y 565 CCCN¹⁷). Presunción de la paternidad matrimonial (artículos 566 y 569 inciso a) CCCN¹⁸.

Ante todo, anticipo que, antes de referirme a la inconstitucionalidad de las normas, y la clásica dicotomía entre validez e invalidez de la ley, antepongo el análisis del ordenamiento civil -en lo que aquí atañe- desde las premisas

¹⁵ CN, artículo 28: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

¹⁶ CCCN, artículo 562: 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.

¹⁷ CCCN, artículo 565.- Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

¹⁸ ARTÍCULO 566. Presunción de la filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título. ARTICULO 569.- Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas...

insoslayables de los artículos 1, 2 y 3 del CCCN¹⁹. La declaración de inconstitucionalidad a secas y como tal, no es el único remedio que nos ofrece el ordenamiento jurídico para salvar los obstáculos o los límites que alguna norma acarree. Y, consecuentemente, afloran regresivas en derechos en el caso concreto.

Antes bien, en todo lo que concierne a la gestación por sustitución: método de la TRHA, emplazamiento, desplazamiento filial y la registración del recién nacido, ha de ser examinado desde la delicada y correcta armonía de la ley interna con el sistema Constitucional de Derechos Humanos. Donde cada norma que tenga impacto directo en la gestación por sustitución y sus implicancias -ante el vacío legal existente-, deba ser "re-leída o re-interpretada" a la luz de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y el bloque constitucional vigente.

Aclarado este aspecto, sigo.

Aun cuando, por el sentido determinista de ley, para la tercera fuente filial el parto de la mujer que da a luz determina la maternidad por imperio del artículo 562 CCCN, considero que, esa norma a la luz de los preceptos constitucionales y convencionales resulta inaplicable en el caso de la gestación por sustitución. Tampoco, este caso, y la gestación por sustitución de Brenda, resiste ser encuadrado en las disposiciones para la determinación de la maternidad por naturaleza (art. 565 CCCN).

Rotundamente, ni una ni otra norma superan el test de convencionalidad.

Doy razón.

Parto y maternidad no son sinónimos ni conceptos equivalentes. Tampoco los opuestos.

Haber parido no instituye la maternidad, aunque muchas veces coincidirá. Lo instituyente entre la que ha parido y ese "otro" nacido puede analizarse desde varios aspectos (biológico, subjetivo y social). No voy a explayarme sobre

todos ellos. Solo me detengo en lo que señala la psicología cuando refiere que:

[...] Para que ese organismo (del nacido) devenga al lugar de hijo hay que hacer una operación que es simbólica. Esta operación simbólica tiene que ver, entre otras cosas, con poder hacer "lazo" entre este producto biológico y el deseo. Porque a ese niño lo espera una trama simbólica que es productora de marcas subjetivantes [...]²⁰

¹⁹ Fuentes, interpretación y deber de resolver por parte del juez.

²⁰ González Florencia, "La función simbólica de la maternidad", <https://www.pagina12.com.ar/400665-la-funcion-simbolica-de-la-maternidad>

Por su lado, Santos afirma que "...de los *circuitos* deseantes en que alguien se hace cargo amorosamente de otro sujeto en tanto cuidados y, a su vez regulan las prohibiciones y prescripciones que requiere la constitución de un sujeto"²¹.

El discurso de la psicología no resulta ajeno al discurso del Derecho. De hecho, la ley, cuando se refiere a sus fuentes filiales también disocia 'el origen' de lo 'biológico'. Tal como ocurre con el parentesco, donde también hallamos disgregaciones con la consanguineidad. Con claridad, la ley - más de una vez- disocia las relaciones familiares del determinismo biológico.

En esta lógica, el artículo 562 del CCCN (que goza de legalidad para otras fuentes filiales) deviene inaplicable para la técnica de gestación por sustitución, puesto que, este procedimiento, desde luego lleva implícito la disociación entre gestación y maternidad. La primera no enerva la segunda. De lograrse el embarazo en Brenda, ella compartirá su cuerpo por 9 meses con el embrión que pertenece a Coni y Dante, cuyos datos genéticos y voluntad procreacional estarán transferidos. Definitivamente, el hecho de parir no signará la maternidad. La disgregación vincular será biológica, social y jurídica. El "deseo de hijo" no es lo mismo que "el deseo del embarazo"²². Categorías que, definitivamente forjarán un desplazamiento ineludible de la maternidad de la mujer gestante y en quien ocurriera el parto (artículo 19 CN, artículos 11, 17 y 26 de la CADH).

Así pues, en función de ese corrimiento legal (desplazamiento de la filiación materna), se canaliza la ineludible desaparición de presunciones de paternidad matrimonial de Arturo, esposo de la mujer gestante. Queda claro que en tanto Brenda no es madre, Arturo no es padre. Insisto, teniendo en cuenta que, se trata de una técnica de reproducción medicamente asistida, en el que además de contar con el consentimiento libre e informado, existe un acuerdo de tipo colaborativo entre las personas involucradas, de ahí que no rige el artículo 566 del CCCN.

A modo de cierre de este apartado, y teniendo en cuenta la re-construcción legal que exigen estas cuestiones, máxime en los tiempos que corren, es definitivamente necesario re-pensar las categorías de *madre* y *padre*. Las irrupciones de nuevas tecnologías reproductivas en el universo simbólico de las parentalidades, construyen nuevas redes de significado y habilita prácticas innovadoras -como la GS- que ofrecen la posibilidad a hombres y mujeres, sea cual sea la razón, de convertirse en padres/madres tanto en su función como en su

²¹ Santos Griselda, PARENTALIDADES: EXPERIENCIAS INSTITUYENTES¹, disponible en https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/053_ninez1/material/descargas/parentalidades_santos_2013.pdf

²² Leer más en Alkolombre, Patricia "Deseo de hijo. Pasión de hijo. Esterilidad y técnicas reproductivas a la luz del psicoanálisis", editorial Letra Viva, versión digital, año 2020.

lugar en la trama social²³. La historia de Coni, Dante, Brenda y Arturo es un ejemplo nítido.

**EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN GESTACIONAL.
LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES**

Existen cuatro cartas. Todas dirigidas a quien pudiera nacer de la gestación por sustitución. De concretarse el proyecto de vida y el proyecto parental, esa persona dispondría de información certera. Proporcionada y facilitada por los propios protagonistas de esta revolución reproductiva. Información que arrojaría luz, si así quisiera, a sus orígenes gestacionales y genéticos. La persona por nacer, sería la única dueña y destinataria de esas cartas y la información allí contenidas. El resto -todos nosotros- solo espectadores de esa decisión, quizás, hasta suspendidos en tiempos y lugares ante la incertidumbre de acontecimientos futuros.

La información que contienen esas cartas y que se incluye en este expediente goza de la protección integral prevista en la ley 25.326. Pues, tales datos garantizan el derecho al honor y a la intimidad de la persona por nacer, así como también el acceso a la información sobre su origen gestacional, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

La calidad de la información allí contenida es verídica, fue proporcionada de forma leal, y será resguardada en confidencialidad con la única finalidad de ser entregada a su titular (Ley 25.326).

En otro orden de cosas, pero que indefectiblemente está relacionado con la información, es lo que atañe a los otros niños involucrados en estas decisiones de adultos. Rescato, como válida, la actitud de ambas parejas (Coni y Dante; Brenda y Arturo), el interés por anotar a sus respectivos hijos de lo que ocurrirá. Todo de acuerdo a la capacidad evolutiva de cada niño. Son niños, claro está, pero no son ajenos a la trama social que envuelve la gestación por sustitución y el proyecto vital de sus respectivos progenitores. Serán espectadores de la gestación y eventual nacimiento. Y en tal sentido, no creo que sea menor cuando de personas menores se trata, respetar sus derechos. En este caso el de ser informados de lo que pueda ocurrir (artículo 1, 3, 17 de la CDN).

Resulta atrayente, desde el aspecto legal, cómo el `derecho a la verdad` -inicialmente concebido para otro tipo de procesos- puede entrecruzarse en ocasión de asuntos difíciles. De todos modos, no es algo que, a mi función, convoque. Por el contrario, el estatuto de "verdad" será

²³ Leer más en, "Dimensiones de la parentalidad. Reflexiones e investigaciones actuales", de Clara Raznoszczyk de Schejtman. Anuario de Investigaciones, vol. XXV, pp. 381-389, 2018. Universidad de Buenos Aires. Disponible en <https://www.redalyc.org/journal/3691/369162253045/html/>

robustecido por lo que las personas adultas comuniquen a los niños a su cargo. Lo que, sin lugar a dudas merece ser destacado, es que incluso todos esos niños -inclusive quien pudiere nacer- tendrán reforzado su derecho a conocer lo que definitivamente conlleva la gestación por sustitución y el consecuente mantenimiento de la paz familiar y social (artículo 1, 3,5 y 8 de la CDN y artículo 19 CN).

Toda esta fenomenología (lo que caracteriza la GS y sus implicancias) podría asemejarse con el fenómeno de los arcoíris, que se generan cuando los rayos de luz del sol brillan a través de las gotas de lluvia que quedan y se mantienen suspendidas en la atmósfera. Todas las gotas funcionan individualmente como un gran prisma que produce la refracción y descomposición de la luz blanca y la refleja de nuevo a nuestros ojos con todos los colores²⁴.

Este caso tiene los colores de la vida misma. Todo funciona individualmente pero que, definitivamente, agruparán el fenómeno y progreso de la ciencia para que cualquier ser humano goce de los mejores beneficios para su salud. Allí es donde las fronteras de la ley y la ciencia revelan un punto de encuentro.

LA IDENTIFICACIÓN DEL RECIÉN NACIDO Y LA INSCRIPCIÓN. EFECTOS E INCIDENCIA DE LA LEY 24.540 Y 26.413. LEY PROVINCIAL 6689 Y RESOLUCIÓN DEL SIPROSA 2747/85.

El último aspecto legal que abordaré es el que corresponde a la identificación y registración del recién nacido regulada por las leyes nacionales 24.540 y 26.413. A nivel provincial se complementan con Ley 6689 y Resolución del SIPROSA 2747/85.

Si bien todo ese plexo normativo tiene como objetivo garantizar la identidad mediante el vínculo familiar de madre e hijo, como así también aportar métodos actuales para preservar la identificación, registración e inscripción de los recién nacidos, es indudable que, para el caso de la gestación por sustitución merece una relectura constitucional y convencional.

Otra vez, el sistema legal en vigencia asocia el parto con la maternidad. Inviabile e insostenible en el caso de la gestación por sustitución.

Mantener esos preceptos, los cuales exigen que, en el formulario denominado "Certificado Médico de Nacimiento", consten, por un lado, los datos `de la madre´ (nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio), `la impresión dígito pulgar derecha´, y por el otro lado, los datos del recién nacido con todos sus datos personales entre los que se agrega la impresión

de la huella plantal y la identificación de la mujer que diera a luz como `la madre`, resulta inadmisibile en los procedimientos de gestación por sustitución.

Por el contrario, considero que en dicho certificado deberá consignarse los datos de la persona que diera a luz (Brenda) y de la persona que naciera. Pero indefectiblemente deberá omitirse el término "madre".

Decididamente, en el contexto que venimos precisando, no es lo mismo ser gestante que ser madre. Por ende, debe ser tratado de forma diferenciada.

De caras a lo señalado, y en el caso que se produjera el parto de Brenda, en el Certificado Médico de Nacimiento deberá consignarse los datos y huellas -dactilares y plantal- de la mujer gestante y del recién nacido. Ese niño/a será nombrado (es decir poner nombre) por los padres de intención (CONI y DANTE).

Inmediatamente, nacida la persona, será entregada a esos últimos, es decir, los padres de intención, pues este es el circuito y las responsabilidades correspondientes a la gestación por sustitución.

De esta forma, se prescinde de cualquier ficción jurídica. Antes bien, debe quedar rastro legal del procedimiento médicamente asistido para la reproducción humana, como ejercicio de un derecho individual.

Obtenido que fuera el instrumento que registrará el parto y nacimiento, en la modalidad antes ordenada, corresponderá que la inscripción que se hiciera en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, lleve el emplazamiento filial del niño/a con los padres de intención (Coni y Dante). Serán ellos quienes además de nombrar a ese hijo/a, le incorporen en su tejido y organización familiar. Momento en el cual, de nuevo, las complejidades de la gestación por sustitución, desde su génesis hasta la construcción de las parentalidades, convergen entre lo simbólico, lo biológico y lo social.

Costas y honorarios

Las costas son impuestas por su orden. En cuanto a los honorarios, al estar pactados me remito al contenido de las cláusulas y acuerdos allí previstos.

LA DECISIÓN

1. **AUTORIZAR** la práctica de la gestación por sustitución requerida. En consecuencia, autorizase al Dr. C.S.M. a llevar a cabo la transferencia de embrión/es conformados por los gametos obtenidos por fecundación in vitro de la Sra. C.Y.D. (DNI...) y D.F.(DNI...) en el útero de B.S.E. (DNI ...).

2. **DECLARAR** la inaplicabilidad del artículo 562, 565 y 566 del CCCN, de acuerdo a lo considerado.
3. **DECLARAR** la inaplicabilidad de las disposiciones contenidas en las leyes nacionales 24.540 y 26.413, como así también las que correspondan a la ley provincial 6689 y Resolución del SIPROSA 2747/8526, **solo y únicamente en los términos que se refiere a la identificación del recién nacido con la mujer de la que nace y que la denomina como `la madre`**. En consecuencia, **ORDENO** que, en la ficha única y numerada por el Registro Nacional de las Personas, los datos que se consignen correspondan a la persona nacida con la persona gestante. Eliminandose la expresión `madre`. Todo de acuerdo a lo considerado.

En consecuencia:

4. **Para los profesionales de la salud que intervengan en el procedimiento de la gestación por sustitución: ORDENAR** que, para el caso que viabilice la transferencia, prospere el embarazo y se produzca el parto de la mujer gestante, B.S.E. (DNI ...), este hecho se registre en el certificado médico que pertenezca a la persona nacida viva. En consecuencia, **ORDENAR**, que en la ficha única y numerada del Registro Civil se tomen los calcos dactilares de ambos pulgares de B.S.E. (la gestante) y los calcos palmar y plantar derechos del recién nacido/a. El nombre del recién nacido, deberá ser el que indiquen los padres de intención. Todo ello de acuerdo a lo considerado.
5. **Para el Dr. C.S.M. y quienes integraran el equipo médico a cargo de la TRHA: ORDENAR** al Dr. C.S.M. y al equipo de profesionales intervinientes en este procedimiento de reproducción humana asistida que preserve la documentación base del legajo y cuyos titulares son: D.,C.Y., F.,D. Y E.,B.S.. Igualmente, que dicha documentación e información sea preservada para la persona por nacer, siempre que se logre el embarazo y nacimiento. Dicha documentación deberá integrar el legajo base para la inscripción del nacimiento de la persona en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, en la forma dispuesta en esta resolución, conforme lo considerado.
6. **En cuanto al Registro Civil y de Capacidad de las Personas: DEJAR PREVISTO** que: **A)** en caso de producirse el parto y nacimiento, la INSCRIPCIÓN de la persona nacida de la gestación por sustitución, tendrá su registro filial a favor de sus padres de intención. Razón por la cual el Registro Civil y de Capacidad deberá inscribir al niño/a en la filiación materna como hijo/a de **CONI** DNI ..., y, en la filiación paterna como hijo/a **DANTE**, DNI ... Quedando a exclusivo arbitrio de esos progenitores la opción respecto del nombre de su niño o niña. **B)** Igualmente, el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, al momento de la inscripción identitaria de la persona que hubiera nacido por TRHA, deberá resguardar la documentación que enviara el Dr. C.S.M (o de los profesionales intervinientes) como

del establecimiento sanitario en el que se hubiera producido el parto. De la misma forma, deberá agregar a dicho legajo base la copia de esta sentencia haciendo conocer a la persona nacida -y anotada-, que existe documentación que respaldan datos de su exclusivo interés.

C) ORDENAR que el legajo completo (integrado con la documentación del procedimiento TRHA y la copia de esta sentencia) sea resguardado a perpetuidad en las dependencias de ese Registro, con la debida preservación de información personal, salvo en lo que aquí haya sido autorizado solo y exclusivamente para la persona que naciera y fuera inscripta, en su carácter de titular de tales datos.

7. **En cuanto a la preservación del expediente judicial y la documentación agregada: DISPONER** que, sin perjuicio de la implementación del expediente digital, por Secretaria Actuarial se proceda a la impresión en papel de la totalidad de las piezas procesales y se resguarde en caja fuerte a perpetuidad como garantía del derecho a la protección de datos y acceso a la información de la persona que naciera.
8. **En cuanto al Estado Argentino y la falta de regulación legal, INSTAR al Congreso de la Nación Argentina**, como medida de acción positiva derivada del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, a instalar en la agenda legislativa el tratamiento de la gestación por sustitución y/o, eventualmente, a promover el tratamiento de los proyectos que sobre la materia ya se hubieren presentado. La falta de regulación y anomia jurídica acelera la exposición de una parte de la ciudadanía a la desorganización social y el aislamiento del individuo en el acceso a los avances científicos, extremos inaceptables en un Estado de Derecho. A tales fines líbrese Oficio Ley.
9. Para los abogados intervinientes, las costas y honorarios, como fueron consideradas en función de los pactos vigentes.
10. *Finalmente -aunque a rigor de verdad es lo primordial- para Coni, Dante, Brenda y Arturo, vaya mi reconocimiento por el digno arrojo de libertad ejercitado. Por haber reclamado un derecho, que, aunque exigiera esculpir en el tiempo una sentencia imperfecta, las disposiciones que contenga alcancen para plasmar sus deseos y perfeccionar su autobiografía. Que Dios los acompañe.*
11. Notifíquese personalmente.