

"LAURENCENA LEANDRO MIGUEL, BAÑEZ RUBEN GASTON Y MARTINEZ DANIELA NAIMID S/ AUTORIZACION JUDICIAL" (Nº 31254 - 2)

SR/A. JUEZ/A:

GABRIELA VELIA GAITAN, Fiscal Auxiliar, atento la vista conferida en autos a V.S. me presento y digo

Siguiendo expresas intrucciones del Procurador General de la Provincia es que contesto la vista conferida.

En los presentes se solicita autorización judicial a fin de llevar adelante una técnica de reproducción asistida denominada GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, en donde los comitentes serán LEANDRO MIGUEL LAURENCENA y RUBÉN GASTÓN BAÑEZ, y la gestante DAMIELA NAIMID MARTINEZ, y en el caso de que naciere un niño/a de dicha técnica se solicita se autorice la inscripción del nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las personas de Paraná como hijo/a de los Sres. Bañez y Laurencena, homologándose el convenio arribado por las partes antes mencionadas.

Al momento de dar trámite a lo peticionado en el libelo de inicio, se corrió vista al MPD, y se dio intervención al Equipo Interdisciplinario, a fin de que, previa entrevista con las partes, evalúen e informen sobre lo peticionado -Art. 13 inc.11) y 17 C.P.F. Agregado el informe requerido a los integrantes del ETI, se corre vista a este Ministerio Público Fiscal a fin de que emita el dictámen de su competencia, conforme Ley de Ministerio Público.

Delimitado así el objeto del presente dictamen, de inicio debo aclarar que se justifica la intervención de este MPF por cuanto se ventilan aquí cuestiones atinentes a la filiación de la persona que será gestada a través de la práctica de fertilización asistida que se solicita autorizar, la cual no está específicamente prevista en la legislación argentina.

Dicha cuestión filial es de orden público, lo que justifica de por sí la intervención de este MPF, y en caso de considerarse viable, se deberán controlar los recaudos legales necesarios para poder autorizarlo. Se puede agregar que están aquí en juego derechos de raigambre constitucional y convencional, como el derecho a la identidad, a una familia y al nombre de la persona que será gestada a través de esta técnica.

Por otro lado es oportuno mencionar que el Procurador General de la Nación en autos: "CIV 14153/2017/CS1 "S.T., V. s/ inscripción de nacimiento" (dictamen del 27 de agosto de 2020) en una situación de similares características a las aquí ventiladas, ha considerado esta cuestión de importancia institucional, al decir que *"la definición del marco jurídico que rige esta técnica reproductiva y de los derechos en juego, reviste trascendencia institucional e interés público"*, lo que también en definitiva amerita la intervención de este Ministerio.

Se funda la antedicha legitimación en lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, que asigna al MPF la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Así, como "fiscal de la ley" la actuación de este MPF debe limitarse a una función de control, custodiando que no se hayan transgredido derechos comunitarios o generales. Es decir, no debe resguardar los intereses privados de las personas, sino velar por la legalidad como orden público, cuando la cuestión controvertida exhorbita el meramente particular y trasciende al interés general -que es el de su incumbencia-.

Abordando ahora la cuestión de fondo que motiva esta vista destaco que se solicita autorización para llevar adelante un procedimiento de subrogación solidaria, el cual se trata de una técnica de reproducción humana asistida, hoy no contemplada específicamente en la legislación argentina. Estimo que ante el vacío legislativo expreso,

se deben tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales nacionales, la legislación comparada, como así también hacer hincapié en la circunstancia de que en el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el año 2015, el instituto se encontraba previsto en el art. 562, pero no se incluyó en la redacción definitiva.

Adelanto que no se advierten, prima facie, razones de orden público que obsten a la concesión de la autorización solicitada.

Señalo que ante la advertida laguna legal, correspondería aplicar para resolver las cuestiones que se susciten, la normativa general de fondo y tratándose de un caso de concepción mediante fertilización in vitro con subrogación uterina, el elemento determinante de la filiación es la “voluntad procreacional”.

Advierto que existe un vacío normativo respecto de las formas en que corresponde inscribir los nacimientos producidos por el método de gestación solidaria, debiendo resolverse teniendo en cuenta los derechos involucrados y el interés superior del menor, a saber: el derecho a la identidad, el derecho a la familia, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la verdad, el derecho a la no discriminación, y todos aquellos derechos conexos y derivados de modo razonado de los ya mencionados.

En este punto resulta de utilidad mencionar lo reglamentado por el REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS de CABA que a fin de resolver la inscripción del nacimiento de las personas nacidas a través de la TRHA de gestación por subrogación, dictó la Disposición DI 103-2017-DGRC la cual decide: "Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento, a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa,

libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo"

Siguiendo con el análisis de lo que es motivo del presente dictamen, por compartir los fundamentos expresados por el Procurador General de la Nación en autos: "CIV 14153/2017/CS1 "S.T., V. s/ inscripción de nacimiento" (dictamen del 27 de agosto de 2020)", es que me permito replicarlos aquí a fin de dar respuesta a la cuestión consultada.

En lo esencial, allí se opinó que una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida. En el referido dictamen se precisó que el CCCN reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la naturaleza (mediante el hecho biológico de la procreación), la adopción y las técnicas de reproducción asistida, que vincula a los niños nacidos mediante esos procedimientos con los progenitores que manifestaron su voluntad procreacional (arts. 558, 560, 561 y 562, de ese cuerpo legal). Se destacó que de los términos literales de las normas que integran el capítulo II "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida", del Título V "Filiación", del Libro Segundo "Relaciones de Familia", que regula la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida, **no se desprende una prohibición de ese procedimiento, ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización.**

Asimismo, se señaló que ni de la redacción del artículo 562 ni de la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de la gestación por subrogación para un

momento posterior, puede inferirse una regla de proscripción de la técnica. Por el contrario, una postura de esa naturaleza debió ser formulada en la legislación de forma expresa y directa. A su vez se explicó que la gestación por subrogación es una de las prácticas contempladas por la ley 26.862 entre las técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 8 impone al sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, y demás entidades de servicios de salud, incorporar “como prestaciones obligatorias” para sus afiliados o beneficiarios “la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”.

Se afirmó que, al ser la gestación por subrogación una práctica que hasta el momento carece de reglamentación específica, de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional debe entenderse que se encuentra permitida (Fallos: 335:197, “F.A.L.”).

Se advirtió que es el único procedimiento del que dispone en la actualidad la ciencia médica para que las personas y las parejas de igual o distinto sexo sin capacidad de gestar, puedan tener hijos, por lo que su elección atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de seguridad y certeza que le brinda el orden jurídico (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; Fallos: 338:556, “D., M.A.”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de

noviembre de 2012, párrs. 142 y 143; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “S.H. y otros c. Austria”, sentencia del 3 de noviembre de 2011, párr. 82).

En este sentido, las decisiones relativas a la procreación configuran cuestiones centrales de la esfera privada familiar relacionadas con la autonomía de una persona, pues involucran las elecciones más íntimas y personales que puede hacer en su vida (cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, “Lawrence et al. c. Texas”, sentencia del 26 de junio de 2003, 539 U.S. 558, 573-74).

Se agregó que el principio de reserva es concordante con el principio de legalidad en materia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, sino que deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, exige que las limitaciones se establezcan por una ley formal (OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 22 y 23).

Bajo estas premisas, se concluyó que no existe en el ordenamiento legal argentino ninguna norma que, de acuerdo con las pautas constitucionales de accesibilidad y previsibilidad referidas, establezca de modo claro y preciso la prohibición de la gestación por subrogación e impida determinar la filiación de los niños nacidos a partir de esta técnica a favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional. Se afirmó que la ausencia de regulación, demanda una solución ad hoc de los tribunales que tenga en cuenta la realidad de los hechos de la gestación por sustitución en estos autos para la determinación de la filiación, por lo que corresponde

recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio de filiación, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

En ese sentido, se precisó que adquiriría, en casos como estos, preeminencia el elemento volitivo por sobre el componente biológico, lo que encuentra pleno sustento, por analogía, en las características y reglas diferenciales de la procreación asistida. **En esa oportunidad se explicó que la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento libre, previo e informado como el deseo o intención de tener un hijo es el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida que sí han sido reguladas, y allí se permite sustituir a los demás elementos biológicos y/o genéticos** (arts. 560, 561, 566, 588, última parte y 591, última parte, CCCN).(el resaltado me pertenece)

Este régimen filial, además, en el esquema del nuevo ordenamiento civil, resulta consistente con el reconocimiento de iguales derechos reproductivos a parejas del mismo y de distinto sexo, y a las personas sin pareja.

En cuanto a los derechos del niño, se indicó que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas normas aplicables a las circunstancias del caso que protegen con amplitud el derecho a la identidad que comprende la determinación de los vínculos jurídicos familiares del niño o niña. Así, establece el deber del Estado de respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias arbitrarias (art. 8.1). Además, estipula que, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2.). También prevé que los niños deben ser inscriptos inmediatamente después de su

nacimiento y que tendrán derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7, inc. 1). En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que “el derecho a la identidad está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, ambas sustentadas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social” (OC-24/17, “Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo”, párr. 91, y caso “Contreras y otros c. El Salvador”, párr. 113). Refiere que, a fin de proteger ese derecho, el Estado y la sociedad deben respetar y garantizar la individualidad de cada una de las personas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad (OC-24/17, cit., párr. 91). Un aspecto básico de la personalidad de cada individuo es el vínculo legal con los progenitores. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que “el derecho a la identidad forma parte del derecho a la vida privada e implica que toda persona debe tener la posibilidad de establecer los aspectos sustantivos de su propia identidad, incluyendo la relación legal paterno filial” (casos “Menesson c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 96; “Labasse c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 75; “Foulon y Bouvet c. Francia”, sentencia del 26 de julio de 2016, párr. 55 y 58 y “Affaire Laborie c. Francia”, sentencia del 19 de enero de 2017, párr. 29 y 32).

En suma, se dijo que la normativa en cuestión, a la luz de la Constitución Nacional, no prohíbe la gestación por sustitución a pesar de no estar regulada

Destacó que existe una relación estrecha entre la voluntad procreacional y el consentimiento informado, que se presentan como el elemento subjetivo y objetivo de la

procreación asistida.

Por ello estimo que la Sra. Jueza deberá tener en cuenta que el consentimiento informado no configura un mero acto de aceptación, sino que debe ser el resultado de un proceso en el que la persona adopta una decisión libre y plena luego de la recepción, comprensión y asimilación de la información integral sobre el tratamiento.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. Agregó que el consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médicopaciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual (Caso "I.V. vs. Bolivia", sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 166). En consecuencia, para ser considerado válido debe cumplir con los siguientes elementos: previo, libre, pleno e informado (párr. 166).

En cuanto al elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, el referido tribunal resaltó que puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad

adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente (párr. 185). Por su parte, la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 prevén que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado, el que puede ser revocado antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7, ley 26.862). Este consentimiento debe documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de la voluntad y se aplican en lo pertinente, las disposiciones de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud y la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales (art. 7, dec. reglamentario). En este sentido, la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 prevén que el consentimiento informado será verbal -salvo las excepciones allí previstas-, debiendo el profesional tratante asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó aquel (art. 7 dec. reg. 1089/2012).

En ese marco legal, estimo que como **recuados legales previos** a autorizar el procedimiento solicitado debe verificarse que los actores hayan expresado debidamente la voluntad procreacional en relación a la concepción. La mujer gestante no aportar material genético, manifestarse respecto a la voluntad procreacional, verificarse sus condiciones de maternidad (tener hijos propios). Los actores acompañar un consentimiento informado, tanto de la pareja como de la mujer gestante (en las condiciones antes explicitadas) y la ratificación de dicha voluntad a lo largo del presente proceso judicial. Deberá -a los fines de ratificar la legalidad de lo acordado por las partes-, comprobarse la gratuidad del acuerdo celebrado, sin perjuicio de las

compensaciones acordadas en virtud de los gastos ocasionados por el procedimiento.

Solo a mayor abundamiento es dable remarcar que en virtud de la importancia del consentimiento no procreacional de la gestante, ir en contra de dicha voluntad provocaría la afectación injustificada de la libertad de decisión de las personas, teniendo especialmente en cuenta que lo acordado no se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico argentino.

Este MPF es de la opinión que puede la Sra. Jueza hacer lugar a la autorización solicitada, una vez que considere cumplimentados los recaudos antes mencionados.

A modo de sugerencia, en resguardo de la legalidad del procedimiento, recomiendo a la Sra. Jueza dé nueva intervención al MPD, pues es indudable que la autorización solicitada involucra derechos fundamentales de la persona menor de edad que nacerá a través de esta TRHA. Entre ellos, las cuestiones atinentes a la filiación, al nombre, su derecho a la identidad, a tener una familia, el derecho de dicha persona a conocer sus orígenes y saber la manera en que fue concebido, la importancia del debido registro de quien ha sido su gestante, para que en caso de ser necesario se pueda acceder a dicha información -mas allá de lo acordando por las partes-.

Todas las cuestiones antes mencionadas requieren de la intervención y representación necesaria del MPD. Si bien éste es un trámite no previsto, en todos los casos y antecedentes jurisprudenciales de similares características, se le ha dado debida intervención al MPD.

Por último y en relación al informe presentado por el ETI del juzgado y con profundo respeto respecto a los opiniones allí vertidas por los profesionales actuantes, las cuales resultan muy valorables desde una óptica científica, estimo que abordan cuestiones que no son motivo del presente trámite.

Ello no implica desconocer la complejidad ética del asunto, pero advierto que

algunas de las cuestiones abordadas en el informe presentado se relacionan con opiniones científicas, que serían requeribles en función de las potestades regulatorias que al respecto le corresponde ejercer al Congreso de la Nación.

En este caso particular, algunas de las manifestaciones allí vertidas ahondan en cuestiones que se relacionan mas con la función de un comite de bioética que con la intervención específica solicitada. Lo requerido en autos se ciñe al analisis de la capacidad del matrimonio comitente y de la mujer gestante a los fines de corroborar la comprensión y los alcances de lo acordado, verificando el consentimiento libre e informado y la voluntad procreacional, necesarios para autorizar la gestación a través de la técnica de reproducción solicitada, corroborando en la medida sus aptitudes el cumplimiento de los requisitos que hacen a la legalidad de lo acordado, descartando un interes económico, o un estado de necesidad en la gestante.

Concluyendo, este MPF opina que siendo que el estado es una República, y todo aquello que no esta prohibido está permitido, resultando por ello innecesaria la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna, teniendo en cuenta que esta practica esta avalada asimismo por convenciones internacionales, es que la Sra. Jueza -si considera cumplimentados en autos los recaudos necesarios a fin de comprobar la legalidad de lo acordado- puede conceder la autorización solicitada.

Unidad Fiscal Paraná, .

GABRIELA VELIA GAITAN

FISCAL AUXILIAR

GAITAN

Gabriela Velia

Firmado digitalmente por
GAITAN Gabriela Velia
Fecha: 2023.12.01
09:53:26 -03'00'

