



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

JURISPRUDENCIA

Filiación:

Maternidad subrogada: acción declarativa de filiación; admisibilidad; juez; facultades; inscripción del nacido en el Registro Civil como hijo de los padres genéticos. **Medidas Cautelares:** Medida autosatisfactiva: procedencia; acto extramatrimonial de “dación” del útero; licitud; alcances; cláusulas que afectan la libertad de las personas; nulidad; filiación; atribución; voluntad procreacional; gestación por sustitución; regulación; necesidad.

NF Con nota a fallo

1 – La acción declarativa es el camino adecuado para que tres personas –los padres genéticos y la madre gestante–, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presenten ante la justicia para que este determine la verdadera filiación de un niño recién nacido, quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida y ha utilizado la subrogación de un vientre, pues ni en el Código Civil, con-

forme texto de la ley 26.264, ni en el nuevo Código Civil y Comercial –t.o. ley 26.994– está legislada la figura jurídica de la maternidad por sustitución o maternidad subrogada; entonces, los peticionantes requieren de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

2 – El nuevo derecho de familia posiciona al juez como sujeto con potestades exorbitantes dentro del proceso, que se manifiesta, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones que van desde la esfera del comando y el gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria.

3 – Cabe hacer lugar a la acción entablada tendiente a determinar la filiación de un niño recién nacido mediante una gestación por sustitución y ordenar como medida autosatisfactiva su inscripción en el Registro Civil como hijo de sus padres genéticos, pues teniendo en cuenta la voluntad de estos últimos de convertirse en padres del niño, la correspondencia biológica del nacido respecto de estos, conforme surge del informe de ADN agregado en autos, y el principio de la realidad biológica, esta es la solución que más responde al interés superior del niño. Sin perjuicio de lo cual, corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional.

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

4 – El acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio, sino que debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales –por regla general– el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral.

5 – Si bien el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, en cuanto prevé que la mujer gestante ofrece su capacidad gestacional, no contraría normas de la moral de este tiempo ni es una actividad prohibida por la ley, por lo cual en este aspecto no corresponde disponer la nulidad de dicho convenio, no ocurre lo mismo respecto de aquellas cláusulas en las que la mujer gestante se obliga a realizar o no determinadas conductas o a asumir obligaciones de hacer o de no hacer que afectan la libertad de las personas, las cuales deben ser declaradas nulas de nulidad absoluta por afectar el art. 953 del cód. civil en concordancia con el art. 14 de la CN.

NF La justicia declara la validez de los “actos extrapatrimoniales” de subrogación de vientres(*)

por SILVIA MARRAMA(**)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO. – 3. EL CASO BAJO ANÁLISIS. 3.1. EL DERECHO DE FAMILIA Y LA DIVISIÓN DE PODERES. 3.2. VALIDEZ DE LOS “ACTOS EXTRAPATRIMONIALES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”. 3.2.1. Gestación por sustitución e interés superior del niño. 3.3. LA IMPORTANCIA DE LA IDENTIDAD GENÉTICA EN LA “GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”. – 4. CONCLUSIÓN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Las cláusulas de los contratos de alquiler de vientre en la India: explotación de la mujer y comercialización de la vida humana*, por BERNARDITA BERTI GARCÍA, MILAGROS BERTI GARCÍA y FERNANDO NASAZZI, ED, 249-863; *¿Cobrará la mujer gestante por el alquiler de vientre en el Proyecto de Código Civil?*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 249-879; *El alquiler de vientre internacional en el Proyecto de Código Civil 2012*, por FERNANDO JOSÉ NASAZZI RUANO, ED, 250-1010; *¿Quién es madre? Discusión legal en Texas sobre alquiler de vientre y ovodonación*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 250-1012; *La ley de fecundación artificial, ¿legaliza el alquiler de vientres?*, por MARÍA INÉS FRANCK, ED, 253-937; *Legitimación judicial a un alquiler de vientre*, por LEONARDO L. PUCHETA, ED, 253-938; *En Italia crean comité de apoyo a las mujeres contra el*

1 Introducción

El 9-9-15 se presentó en el Senado de la Nación un proyecto de la senadora Laura Montero para regular la “gestación por sustitución”, que ha sido definida por el Informe

alquiler de vientres, por MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, ED, 255-982; *Alquiler de vientres: Estados Unidos y el laberinto de leyes sobre el tema*, por FLORENCIA SERDÁN, ED, 260, 10-11-14, nº 13.606; *Lanzan campaña global para frenar el alquiler de vientres*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 262-932; *Feminista y proaborto pide la prohibición del alquiler de vientres*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 263-995; *Activismo judicial impulsa el alquiler de vientres en Argentina*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, diario nº 13.802 del 1-9-15. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza, en autos Expte. 714 “O., A. V. p/med. autosatisfactiva”, fecha de la sentencia: 29-7-15.

(**) Abogada-Mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Investigadora. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. e-mail: marramasilvia@gmail.com.

Warnock⁽¹⁾ como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”, de la que existen diversas variantes: a) que la fecundación se lleve a cabo con un óvulo de la mujer que gesta al niño para otra que se lo ha encargado; b) que la fecundación se produzca con un óvulo de la mujer que encarga a otra gestar al niño para luego entregárselo; c) que la fecundación sea con un óvulo de una mujer distinta, tanto de la gestante como de la que encargó a esta gestar el niño para luego entregárselo. Los hechos ocurridos en diversos países muestran los inconvenientes que suscita este contrato⁽²⁾.

(1) Cit. por GUARDATTI, GEORGINA A., *El abuso del derecho y las técnicas de fecundación humana asistida. Maternidad subrogada y filiación materna*, conferencia dictada el 6-10-08 en el curso “Revisión crítica del Derecho Civil, reforma de la ley 17.711, en Homenaje al Dr. Guillermo Borda, a 40 años de la Reforma de la ley 17.711”, organizado por el Instituto de Derecho Civil “Profesor Dr. Guillermo Borda”, Mendoza, 2008.

(2) El caso más conocido es el que ocurrió en los Estados Unidos a fines de la década del ochenta, llamado “Baby M.” (cfr. CANO, MARÍA E., *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*, en Revista Persona, <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 117). Otro caso que tomó estado público fue el ocurrido en 1994, en el cual un matrimonio japonés –al que por edad y problemas de salud se le había negado la posibilidad de adoptar un niño– contrató el vientre

CONTENIDO

NOTA

La justicia declara la validez de los “actos extrapatrimoniales” de subrogación de vientres, por Silvia Marrama..... 1

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Daños y Perjuicios: Muerte de un fumador por cáncer de pulmón: responsabilidad de la empresa tabacalera y el Estado Nacional; improcedencia; relación de causalidad entre el consumo de cigarrillos y la enfermedad; falta de prueba. **Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte:** Admisibilidad formal: art. 24, inc. 6º, apart. a), del decreto ley 1285/58; declaración de inconstitucionalidad; doctrina del precedente “Anadón”; aplicación temporal (CS, septiembre 29-2015)..... 7

PROVINCIA DE MENDOZA

Filiación: Maternidad subrogada: acción declarativa de filiación; admisibilidad; juez; facultades; inscripción del nacido en el Registro Civil como hijo de los padres genéticos. **Medidas Cautelares:** Medida autosatisfactiva: procedencia; acto extramatrimonial de “dación” del útero; licitud; alcances; cláusulas que afectan la libertad de las personas; nulidad; filiación; atribución; voluntad procreacional; gestación por sustitución; regulación; necesidad (Juzgado de Familia Nº 1, Mendoza, julio 29-2015) (Continuará en el próximo diario del 22 de octubre de 2015)..... 1

6 – La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental.

7 – Ante el problema que se presenta frente a la llamada “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” respecto de la atribución de la maternidad del nacido, cabe considerar que, si bien las técnicas de reproducción humana asistida son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo, es decir, la voluntad procreacional.

8 – Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, el cual exige contar con un marco legal que lo proteja, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva. Máxime que una buena regulación puede ser, además, un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres”, en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa. R.C.

58.878 – Juzgado de Familia Nº 1, Mendoza, julio 29-2015. – O., A. V. p/med. autosatisfactiva.

Mendoza, 29-07-2015

Y *Vistos*: Los presentes autos arriba intitulados que se encuentran en estado de resolver, de los que;

Resulta:

1. Que a fs. 50/67 se presenta el Dr. Juan Pablo Rojas Pascual, en representación de los Sres. A. V. O., A. C. G. y J. J. F., acompañando las respectivas ratificaciones

(fs. 68/70) e incoando acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva, a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido (J. C.) mediante una técnica de reproducción asistida, con sus padres genéticos.

Solicitan que, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño J. C. y su DNI como hijo de A. C. G. y J. J. F. y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

Relatan que la Sra. A. V. O., una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos.

Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de J. J. F. y A. C. G., que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos.

Que la Sra. G. ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos.

De esta manera, la Sra. O., conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita.

Ambas partes concurren al Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”, en nuestra ciudad, a fin de iniciar el procedimiento.

La Sra. O. se sometió a numerosos estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso, en la función de mujer gestante. Además, se inscribió en la OSDE a fin de contar con cobertura médica tanto durante la realización de la técnica, como durante el embarazo y con posterioridad al parto.

Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

Detallan el procedimiento al que se sometieron: *fecundación in vitro* con óvulos extraídos de la Sra. G. y espermatozoides del Sr. F., y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. O., habiendo anidado sólo uno de tales embriones, el que gestaría esta última.

La evolución del embarazo de la Sra. O. fue controlada en forma permanente en el Instituto Tersoglio en las primeras semanas y luego derivada al médico obstetra: Dr. Luis Jofré. Luego la Sra. O. decide cambiar de médico, comenzándose a atender con el Dr. Federico de Gaetano, quien controló el embarazo hasta el parto.

Asimismo, fue atendida durante el embarazo por una psicóloga, licenciada Karen Gallardo, quien la acompañó y la contuvo psicológicamente durante el proceso.

Ambas partes se comunicaron regularmente durante el embarazo, teniendo siempre presente la Sra. O. que el bebé que gestaba era para la Sra. G. y el Sr. F.

Que la Sra. O. nunca tuvo intención de procrear un hijo propio, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, por lo que su voluntad fue gestar un bebé para una pareja.

Que el 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el bebé al que pusieron el nombre de J. C. El niño fue recibido en la sala de partos por la Sra. G. (“madre genética y procreacional”) ya que todos los médicos intervinientes estaban al tanto de la situación, y participaron con alegría y emoción del primer caso de gestación por sustitución en el hospital.

Que el médico extendió el certificado de nacido vivo de J. C. a nombre de quien dio a luz (A. O.) y el día 12 de enero la Sra. O. y el niño fueron dados de alta.

Al día siguiente la Sra. O. se presentó ante el Juzgado, por solicitud de la Asesora de Menores, pero se decidió suspender la audiencia.

2 Maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino

La gestación por sustitución estaba contemplada en el art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (Comisión Decreto Presidencial 191/11), pero finalmente fue eliminada del texto de la ley 26.994. Pese a que el artículo proyectado establecía que al momento de homologarse el acuerdo de “gestación por sustitución” debía acreditarse que “la gestante no ha recibido retribución” (cfr. inc. f), el texto no determinaba los medios de prueba idóneos para acreditar la gratuidad. Más allá de ello, la práctica internacional es contraria a la gratuidad de estos contratos⁽³⁾.

El Dr. SAMBRIZZI⁽⁴⁾ explica que un sector muy minoritario de la doctrina argentina se pronuncia por la acep-

de una mujer estadounidense para gestar un embrión concebido *in vitro* producto del óvulo de una donante y del espermatozoide del marido contratante (cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, LILIANA, *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?*, ED, 182-1652). En Italia, se conoce el caso de una mujer a la que se le implantaron los óvulos de su madre, de 48 años de edad, quien por motivos de salud se encontraba imposibilitada de tener más hijos. Los óvulos habían sido fecundados con el semen de su segundo marido, con lo cual, de considerarse que la madre de un niño no es quien lo gestó, sino la persona a quien pertenecían los óvulos, la gestante habría venido a ser la hermana del hijo que nació de su seno (cfr. SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La procreación asistida...*, cit., pág. 116). Hace un tiempo han tomado, asimismo, estado público las “granjas reproductivas” de la India (cfr. ROJAS, ANA G., *Se alquila vientre en India*, Anand-Mumbai, 3-8-08, El País, en http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepusoc_3/Tes). El alquiler de vientre en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado “turismo reproductivo”. Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación. En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de estadounidenses (cfr. Centro de Bioética. Persona y Familia. *Documento de Trabajo. Serie: Proyecto del Código Civil 2012. El Alquiler de Vientre, una forma de explotación de la mujer y co-sificación del niño*). La práctica de la maternidad subrogada no es ajena a la Argentina (cfr. BARCO, GUSTAVO, *Vientre se alquila: maternidad en debate*, Buenos Aires, 31-8-8, La Nación, en <http://www.lanacion.com.ar/1044703-vientre-se-alquila-maternidad-en-debate>).

(3) Los medios periodísticos informan que “los costos en el exterior oscilaban entre US\$ 90.000 en Miami y US\$ 130.000 en California”. MARTINAZZO, IRIS E. E., *Jugando a ser dioses*, 1ª ed., Resistencia, Kram, 2014, pág. 115.

(4) Cfr. SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004, pág. 160.

tación de estos convenios, y siempre que se cumplan determinadas condiciones⁽⁵⁾. Más allá de ello, el jurista⁽⁶⁾ considera que la recepción de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino implicaría, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se podrían evadir los requisitos que la ley determina para que pueda ser concedida. Por otra parte, “no puede apelarse a la libertad de procreación en un sentido egoísta, por sobre la libertad del niño de ser concebido, gestado y alumbrado en condiciones dignas”⁽⁷⁾.

Por esta y otras razones considero que el contrato de “alquiler de vientres” es nulo de nulidad absoluta e insanable por todas las causales que establecía el art. 953 del cód. civil⁽⁸⁾, vigente al momento del dictado de la sentencia que comentaremos, ya que ninguna persona puede ser “objeto” de relaciones jurídicas, ya sea la gestante o el niño gestado.

El Código Civil y Comercial establece en su art. 1004 –de similar redacción que el art. 953–: “No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”. Los dos artículos citados refuerzan la disposición del art. 1004 al decir, respectivamente: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humani-

(5) V. gr. que el contrato se celebre en documento público; que la pareja requirente se comprometa a aceptar al niño, venga como venga, y que carezca la madre biológica de responsabilidad en el supuesto de que naciera con taras; la posibilidad de que la madre sustituta elija quedarse con el niño una vez nacido; y que la prestación del útero sea voluntaria y gratuita, sin perjuicio de los gastos.

(6) Cfr. SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La procreación asistida...*, cit., pág. 115.

(7) Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, LILIANA, *Volviendo a la cuestión...*, cit.

En efecto, sostenemos que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana. Asimismo, constituye un nuevo quebranto de la unidad familiar, ya que no solo agrede la unidad conyugal, sino también la unidad parental, la estrecha relación entre padres e hijos.

(8) Insistimos: el contrato es nulo en cuanto viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio, es inmoral, desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas. En consecuencia, el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada que hubiera sido celebrado no puede ser exigido.

tario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales” (la prohibición del valor comercial de los derechos sobre el cuerpo y sus partes se vulneraría con la onerosidad de los contratos de “gestación por sustitución”), y que “están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico”, excepciones que no se configuran en estos contratos.

Ante el hecho consumado y, por el momento, sin regulación legal específica, cabe preguntarse por la determinación de la filiación, es decir, ¿a quién se debe atribuir la maternidad? ¿A la mujer que “alquila” el vientre de otra para tener un hijo, a la madre genética o a la madre que ha gestado en su seno y ha dado a luz al niño?⁽⁹⁾. El caso bajo análisis se resuelve a favor de quien ha manifestado su “voluntad procreacional” y ha aportado los óvulos, lo cual se acredita en autos con una prueba de ADN.

Capítulo aparte –inabarcable en estas líneas– merece la consideración de la impugnación de maternidad por parte del hijo gestado por sustitución⁽¹⁰⁾.

3 El caso bajo análisis

El Dr. Neirotti, Juez de Familia del Primer Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza, resolvió el 29-7-15 no hacer lugar a la nulidad de un convenio de “gestación por sustitución” celebrado entre los presentantes, articulada por la Asesora de Menores; declarar la nulidad absoluta de las cláusulas del referido convenio en cuanto resultasen restrictivas de la libertad de la gestante durante el embarazo; declarar la inaplicabilidad del art. 242 y concs. del cód. civil, ley 340 –vigente al momento del dictado de la sentencia–, de la ley 24.540 de Identificación de los Recién Nacidos y del art. 33 y conc. de la ley 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; determinar que la filiación materna y paterna del niño nacido

(9) Cfr. GUARDATTI, GEORGINA A., *El abuso del derecho...*, cit.

(10) Al respecto, recomiendo la lectura de SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación...*, cit., págs. 184/185.

El 14 de enero la Sra. O. se presenta espontáneamente a solicitar el reconocimiento de filiación del recién nacido, en la Justicia de Familia. Ante la urgencia y premura del caso, deciden de común acuerdo desistir de la presentación realizada en Autos N° 133/15 del Séptimo Juzgado de Familia y 371/15 del Primer Juzgado e interponer la presente medida de manera independiente a las actuaciones señaladas.

En cuanto a la inscripción del nacimiento de J. C., denuncia que tienen turno en el Registro Civil de Godoy Cruz, para el día 11 de febrero a fin de comparecer personalmente la Sra. O. y el niño.

Asimismo, informa que han obtenido turno para el 30 de enero para la toma de muestras a fin de efectuar el examen de ADN entre las partes y el menor.

Analiza los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva peticionada, funda en derecho y ofrece prueba.

2. Que a fs. 71 se imprime el trámite previsto en el art. 76 bis de la ley 6354 –medida autosatisfactiva– como acción declarativa para determinar la filiación del niño recién nacido, y se ordena correr vista a la Asesora de Menores.

3. A fs. 72 la Dra. Nancy Ferrer, titular de la Primera Asesoría de Menores e Incapaces toma la intervención que por ley le corresponde respecto del niño J. C., ofrece prueba (estudio de ADN y evaluación a las partes por intermedio del E.I.A.) y pide que se acompañe la partida de nacimiento del niño.

4. A fs. 79 el Dr. Rojas por la Sra. O. –acompañando ratificación– informa que los resultados del estudio de ADN estarían listos a partir del 23 de febrero del corriente y que serán presentados en el expediente.

Manifiesta que atento a que el caso ha tomado relevancia pública, tuvo que aclarar ante la prensa los hechos fal-

tos publicados, en defensa de sus mandantes y de su propia tarea, sin pretender obstruir la actuación de la justicia.

Solicita que, como medida de no innovar, se le ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor, hasta tanto se resuelvan las presentes actuaciones.

5. A fs. 82/84, corrida urgente nueva vista al Ministerio Pupilar, la Asesora, Dra. Nancy Ferrer manifiesta que asume la representación directa del menor, fundado en que el niño continúa indocumentado, sin representantes legales y aún es incierta su identidad.

Además, plantea la nulidad del contrato firmado por las partes, solicitando se corra vista al Ministerio Fiscal.

Por último, pide se rechace la medida de no innovar planteada por la actora y se la emplace a acompañar la partida de nacimiento del niño.

6. Que a fs. 85/91 los actores acompañan el resultado de la pericia de ADN, historia clínica y solicitan se fije audiencia de las partes ante el suscripto.

7. A fs. 94 se dispone la remisión a la Asesora Subrogante –a fin de asumir la representación promiscua del niño, en virtud de la presentación de fs. 82/84–, correr vista al Ministerio Fiscal, poner a disposición de las partes la pericia de ADN, y oficiar al Registro Civil correspondiente a fin de informar si se ha inscripto el nacimiento del menor. Asimismo, se fija audiencia para el 9 de marzo con todas las partes y se dispone que a la demás prueba ofrecida, se producirá oportunamente y en caso de resultar necesario.

8. Que a fs. 95/98 la Asesora de Menores amplía el pedido de informe ordenado al Registro Civil y plantea incidente de nulidad contra el decreto de fs. 94, último párrafo.

de la gestante corresponde a quienes celebraron con ella el convenio o “acuerdo extrapatrimonial” de “gestación por sustitución”, aportando sus gametos para la fecundación artificial del niño; y librar oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a la inscripción de su nacimiento.

El juez hubo de resolver, a través de una acción declarativa de certeza, el pedido de “tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y habiendo utilizado la subrogación de un vientre” (consid. 1°). Por la naturaleza del asunto, que el juez mendocino considera urgente, susceptible de producir un perjuicio irreparable –que no explica ni describe–, se decide en autos prescindir de la bilateralidad, por lo cual se resuelve el caso como medida autosatisfactiva (consid. 2°). Cabe destacar que la afirmación infundada de que “se concluye en que es necesario y justo salirse de lo estrictamente procesal para asegurarnos de no estar cometiendo un daño mayor so pretexto de efectuar un análisis del caso a la luz del derecho procesal y nada más” no tiene en cuenta los principios, derechos y garantías constitucionales que sustentan las normas procesales.

3.1. El derecho de familia y la división de poderes

Entiende el magistrado que el nuevo derecho de familia faculta al juez a erigirse en legislador, aun en contra de la voluntad del legislador nacional, instituido mediante mecanismos constitucionales, quien decidió, en el recinto, excluir la figura de la “gestación por sustitución” –vulgarmente conocida como “alquiler de vientres”– del Código Civil y Comercial de reciente vigencia. Así, sostiene que “el nuevo derecho de familia, posiciona al juez como sujeto con potestades exorbitantes dentro del proceso, manifestándose, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones, que van desde la esfera del comando, gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria (conf. Díaz, C. A., ‘Instituciones de Derecho Procesal’, 1968, vol. I, pág. 234)” (consid. 2°).

En efecto, el magistrado se constituye en legislador en contra de la voluntad expresa del legislador nacional que excluyó la figura de la “gestación por sustitución” del Código Civil y Comercial: “El Anteproyecto elaborado por la

Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores” (consid. 4.d). Pese a lo afirmado, concluye en forma incongruente que “en último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en nuevo Código Civil y Comercial que de algún modo, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada” (consid. 4°).

Por otra parte, el juez Neirotti distingue entre maternidad subrogada tradicional y gestacional, y concluye que esta última implica la prestación de un servicio, que debe ser remunerado: “En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que solo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación” (consid. 3°).

Además de ser remunerado, sostiene que debe ser cubierto en forma gratuita por las obras sociales, empresas de medicina prepaga y sistemas de salud en general: “Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si solo se trata de una indemnización por los gastos producidos por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último. Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación. Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación. También entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesitan el poder hacer uso de esta técnica; es así que la ley 26.862 regula el acceso a las denominadas TRHA en lo que hace a la cobertura médico-social” (consid. 3°).

Como se aprecia, el juez va más allá del texto del Anteproyecto del Código Civil y Comercial eliminado al

FONDO EDITORIAL

Novedades



JULIO A. GRISOLIA
ELEONORA G. PELIZA

**El Derecho Individual
del Trabajo en América Latina**

ISBN 978-987-3790-16-4
553 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

9. Que a fs. 99/101 la titular de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 2 declina la intervención ordenada a fs. 94.

10. Que a fs. 102 se tiene por declinada la participación de la 2ª Asesoría y se ordena correr vista a los actores de la nulidad del contrato articulada por la Asesora de la 1ª Asesoría a fs. 82 vta.

11. Que a fs. 103/104 se resuelve el rechazo del incidente de nulidad planteado a fs. 95/97 por la titular de la Primera Asesoría de Menores.

12. A fs. 105/107 se celebra la audiencia fijada ante el suscripto con la Sra. O. y el matrimonio G.-F., en presencia de la Asesora y patrocinados por el Dr. Juan Pablo Rojas. A fs. 108 los comparecientes expresan que autorizan

sostener la onerosidad del contrato, pese a que le niega su carácter de tal al decir: “Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio” (consid. 3°). Más adelante afirma: “Habiendo analizado el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes (...) ha quedado claro la voluntad procreacional de los comitentes y (...) que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional; es decir, entiendo que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano” (consid. 3°).

3.2. Validez de los “actos extrapatrimoniales de gestación por sustitución”

Luego de reconocer a la Asesora de Menores legitimación para peticionar la nulidad del “acto extrapatrimonial” (consid. 3°), rechaza lo solicitado argumentando que “el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnera la ley o la moral”.

Y estos contratos no vulneran la ley o la moral, puesto que, a juicio del magistrado, todo planteo moral constituye una hipocresía, y el único parámetro para juzgar la moralidad de un acto es su realización en otros países (“Dejemos de ser hipócritas, hace muchos años que nacen en el exterior niños que son hijos de padres argentinos, utilizando métodos científicos y legales fácilmente utilizables en nuestro suelo [numerosos sitios de internet que asesoran a argentinos]” [consid. 3°]).

Así, se consagra jurisprudencialmente la “moral del consentimiento de las partes y del consenso internacional”, aun cuando este último esté en contra del consenso del legislador argentino, que –reitero– decidió suprimir la figura del Código Civil y Comercial, y del consenso de la sociedad argentina. Ello en la inteligencia de que, “si el Derecho se retirara o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos y todo seguiría igual a través de los siglos... Psicológica y sociológicamente es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo” (consid. 4.d.ix, basado en los dichos de KEMELMAJER, HERRERA y LLOVERAS, *Tratado de derecho de familia [según el Código Civil y Comercial 2014]*, Rubinzal-Culzoni, t. II, págs. 524 hasta 533). Y ello porque “no regular o prohibir refuerza la ‘condena biológica’”, re-

al Juzgado a difundir la sentencia en los medios de comunicación, omitiendo el nombre de las partes y del niño.

13. A fs. 109 se ordena urgente pericia del CAI - Salud Mental a practicar a la pareja G.-F., informe que es agregado a fs. 110.

14. Que a fs. 114/119 el Dr. Rojas, por los actores, contesta la vista conferida a fs. 102.

15. Que a fs. 125 corre agregado dictamen del Ministerio Fiscal, quien se expide respecto de la pretensión de fondo y a fs. 129/130 de la nulidad del convenio articulada por la Sra. Asesora.

16. Finalmente a fs. 132/136 dictamina la Sra. Asesora respecto de la medida autosatisfactiva solicitada y de la nulidad por ella articulada, pasando estas actuaciones para resolver, y

Considerando:

Que en autos se ha articulado una acción declarativa de certeza, tendiente a determinar la filiación de un niño recién nacido, por una técnica de reproducción humana asistida, para su correcta inscripción en el Registro Civil; todo ello a través del procedimiento previsto en el art. 76 bis de la Ley 6354, es decir como medida autosatisfactiva.

Asimismo, la Sra. Asesora articuló la nulidad del convenio suscripto por las partes. Por ello, se analizarán ambas pretensiones por separado.

puddida por diversas estudiosas del feminismo que “celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes” (consid. 4.d.viii). Más allá de la opinión de las feministas, lo cierto es que “la descripción del contenido de los contratos de ‘alquiler de vientre’ denota la situación de explotación y vigilancia a la que se somete la mujer gestante, quien por una motivación económica acepta ser parte en un procedimiento en el cual se restringen gravemente sus derechos personalísimos tales como su intimidad, libertad, afectividad. Todo esto constituye una forma de explotación de la mujer”⁽¹¹⁾.

Esta “moral del consentimiento de las partes y del consenso internacional” va de la mano del adagio “el fin justifica los medios”, tal como lo expresa el magistrado al decir que “la dación de vida debe privilegiarse por sobre todo otro miramiento ético” (consid. 3°).

Otro argumento que intenta sumar a la endeble argumentación a favor de la validez del convenio es que el nacimiento del niño tornó abstracto el planteo de nulidad de lo acordado: “Atento al tiempo transcurrido habiéndose producido el nacimiento y la existencia de esta pretensión en los términos propuestos, advierto que la nulidad ha devenido en abstracto” (consid. 3°). Ello equivale a decir que un contrato solo puede ser declarado nulo cuando se encuentra en curso de ejecución, y no cuando se ha cumplido su objeto.

Sin perjuicio de ello, lo que verdaderamente es abstracto en el caso al momento del dictado de la sentencia, y al haber llegado a término el embarazo y dado a luz la gestante, es la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales que violaron su dignidad y restringieron su libertad durante su embarazo, sin perjuicio de lo cual el juez Neirotti las declara nulas. Ellas son la prohibición de “habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión; casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporalmente; o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente” (consid. 3°).

Asimismo, expresamente declara la nulidad de la cláusula que prohibía a la gestante cometer el delito de aborto: la cláusula que “impona a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo, ello así afecta la libertad de las acciones de la portadora (fs. 11) y por ello violenta el actual art. 953 del CC” (consid. 3°).

3.2.1. Gestación por sustitución e interés superior del niño

Con cierta liviandad concluye el magistrado, sin fundar sus dichos: “No veo perjuicio para ninguno de los involucrados ni para el niño” (consid. 3°).

(11) MARTINAZZO, IRIS E. E., *Jugando a ser dioses*, cit., págs. 117/118.

1. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

Un primer encuadre procesal de la acción nos lo da el art. 3 del C.P.C. el que expresa: “El Poder Judicial interviene, aun sin la existencia de lesión actual, para declarar la norma concreta aplicable en el caso planteado, siempre que el peticionante ostente un interés legítimo”.

La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado.

Ha dicho la Jurisprudencia Nacional que la acción meramente declarativa se caracteriza por funcionar acorde a su naturaleza esencialmente preventiva, y deben darse en el caso los recaudos para su viabilidad. Esto es que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen jurídico federal; que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión (L.L. 1996-E, 124).

Así las cosas, entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para peticionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se

Es más, considera que “la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo” (consid. 4.d.ii). Y añade escuetamente, sin citar la fuente científica: “Hasta la fecha, ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial. En el primer estudio local en el que se indaga acerca de los aspectos emocionales de esta práctica con un seguimiento de estos niños durante dos años y medio, la licenciada Barón afirma: ‘La estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionada con la historia previa, la personalidad de sus padres y el afecto que les brindan que con la forma en la que fueron concebidos’. Por ende, las primeras investigaciones cualitativas sobre el tema son favorables” (consid. 4.d.ii).

Sin embargo, la Dra. Elba Giorgiutti explicaba el 4-9-15, durante su exposición⁽¹²⁾ en el Ateneo Interno del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que la medicina contemporánea ha demostrado la existencia de mecanismos no genéticos –epigenéticos– que influirían tanto o más que los genéticos en las enfermedades que padecen los seres humanos. La influencia epigenética en la maternidad subrogada no ha sido aún lo suficientemente estudiada; constituye una técnica experimental.

Ello así, en tanto “la dotación genética del cigoto es mucho más que la suma del material genético aportado por cada uno de los gametos de los progenitores. Es el genoma de un nuevo individuo en situación de arranque para vivir. Los procesos epigenéticos que ocurren durante el tiempo de la fusión de los gametos ponen en marcha el reloj de arena de la vida de un nuevo ser”⁽¹³⁾. Desde el primer día, el embrión comienza a comunicarse con la gestante a través de interleuquinas IL-1, las cuales interactúan con receptores específicos de las trompas uterinas; se inicia un encuentro que dará paso a una historia generada por un diálogo molecular⁽¹⁴⁾. Al producirse la implantación en la pared endometrial –durante la primera semana– el embrión toma contacto con los vasos sanguíneos de la gestante y recibe la energía necesaria para su desarrollo, lo que da, así, un diálogo tisular. “A lo largo de la vida del individuo, este sin estar prefigurado ni estrictamente

(12) Exposición titulada “Ciencia y mercado, una alianza peligrosa”.

(13) LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, *El embrión humano como individuo: una visión epigenética*, en *La humanidad in vitro*, Jesús Ballesteros (coord.), Granada, Comares, 2002, cit. por QUINTANA, EDUARDO M., *Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio*, publicado en DJ, 4-3-15, 10, DFyP 2015 (marzo), 9-3-15, 182, cita online: AR/DOC/8/2015.

(14) LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, *El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*, en www.personaybioetica.unisabana.edu.co.

presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y habiendo utilizado la subrogación de un vientre.

Y es que ni en el actual Código Civil, conforme texto de la Ley 26.264 ni en el nuevo Código Civil y Comercial –t.o. Ley 26.994–, resulta que la figura jurídica de la maternidad por sustitución o maternidad subrogada está legislada, requiriendo entonces los peticionantes de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

2. LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Frente a situaciones de la naturaleza y las características de la medida solicitada, se da la situación de tratamiento moderno en la doctrina, en la que se justifica prescindir, al menos provisoriamente y máxime en este caso, de la bilateralidad, para garantizar la oportunidad, que en el caso implica el ejercicio efectivo de un derecho.

Las medidas autosatisfactivas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución en aquellos casos en que los justiciables necesitan de una tutela actual ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, a fin de no sufrir un perjuicio irreparable, ya sea previniendo un daño o reparando una situación violatoria de un derecho invocado, siendo ineficaz otra vía procesal. Tiene que ver con el criterio de oportunidad.

determinado por la dotación genética recibida de los progenitores, mantiene gracias a ella su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo va recibiendo nueva información que proviene del medio. De este modo, la interacción de los componentes del medio interno y externo, y el soporte material de la información genética –la secuencia de nucleótidos del polímero DNA–, cambia constantemente a lo largo de la vida del individuo, y con ello, a su vez, el estado del viviente mismo. Hay, por lo tanto, en el ser vivo una emergencia de nueva información a la que se denomina información epigenética. El paradigma epigenético encierra en sí y reúne dos conceptos clave. Por una parte, este concepto de emergencia de propiedades: cada nueva organización que aparece en el desarrollo del ser vivo presenta unas capacidades que no están contenidas en los materiales constituyentes, de modo que cada nivel de organización es siempre más que la simple suma o mezcla de los materiales de partida. Y, por otra, la noción de la necesidad de la interacción con el medio para el despliegue de la nueva ordenación de los materiales y la emergencia de las nuevas propiedades⁽¹⁵⁾.

Considero, además, que si bien en forma natural pueden darse supuestos en que los niños tengan “desdoblada” su identidad biológica de la legal –tal como sucede en los casos de adopción–, a raíz de vicisitudes que acaecen en el transcurso de su existencia y que el derecho no provoca sino que viene a paliar, el derecho no debe provocar tal desdoblamiento autorizando –y mucho menos ordenando– la cobertura gratuita de las técnicas que fecunden niños extracorpóreamente y los transfieran a úteros gestantes.

3.3. La importancia de la identidad genética en la “gestación por sustitución”

La máxima del derecho romano *mater semper certa est*, que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto –priorizando el criterio biológico–, es cuestionada desde el momento en que la ciencia posibilitó que una mujer, extraña a la titularidad genética, llevase adelante la gestación y posterior alumbramiento. En efecto, se presenta un difícil problema cuando debe elegirse entre la aportación genética (titularidad del óvulo) y la aportación de nutrición y cuidado embrionario (titularidad de la gestación), al ser biológica tanto una como la otra⁽¹⁶⁾. A los efectos de hallar una solución, se han elaborado diversas opiniones⁽¹⁷⁾:

1) Quienes dan preeminencia a la gestante –postura en la que me enrolo– encontraban una base muy sólida en los textos legales del Código Civil, ley 340. Precisamente, el

(15) LÓPEZ MORATALLA, NATALIA - IRABURU ELIZALDE, MARÍA J., *Los quince primeros días de una vida humana*, 2ª ed., España, Ediciones Universidad de Navarra, 2006, págs. 17/18.

(16) Cfr. CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida*, en *Revista de Derecho*, Chile, Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán, 2000, pág. 102, 1, cit. por SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La procreación asistida...*, cit., pág. 122.

(17) Cfr. GUARDATTI, GEORGINA A., *El abuso del derecho...*, cit.

La necesidad de otorgar herramientas procesales que satisfagan la necesidad de una pacífica convivencia social, hace que se imponga la necesidad de que todo conflicto tenga una adecuada y oportuna resolución. En aquellas situaciones en que el elemento temporal es tan predominante que, de no hallarse la solución oportunamente, el objeto procesal se agota por el acacamiento del daño o la consumación irreparable de actos u omisiones que se propone prevenir. Se trata de evitar situaciones que tornen insuficientes, inoportunas y devengan en abstractas. Esto justifica y legitima dejar de lado la secuencia lógica del proceso ordinario.

En el caso de marras, la medida posee carácter definitivo, por lo que el procedimiento común no se justifica y de no poder evitarse tornaría, ineficaz el derecho del niño a su verdadera filiación y posterior identificación en el Registro Civil. En la legislación procesal de Mendoza se encuentra receptada esta vía en el art. 76 bis de la Ley 6354.

Finalmente, corresponde considerar que siendo el Derecho Procesal un instrumento para poner en acción el Derecho de Fondo, se trata de un derecho instrumental, adjetivo, de forma, en fin, un derecho cuyo contenido se dirige a hacer efectivo el contenido de otro derecho. En nuestro caso el resguardo de las formas procesales irían en desmedro de otros intereses tan o más importantes como, por ejemplo, lograr una sentencia efectiva y oportuna, es

decir que sea dictada en tiempo tal que logre cumplir con el fin que se propone.

Así, entonces, se concluye en que es necesario y justo salirse de lo estrictamente procesal para asegurarnos de no estar cometiendo un daño mayor so pretexto de efectuar un análisis del caso a la luz del Derecho Procesal y nada más.

Por otro lado, el nuevo Derecho de Familia, posiciona al juez como sujeto con potestades exorbitantes dentro del proceso, manifestándose, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones, que van desde la esfera del comando, gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la *correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria* (conf. Díaz, C. A., “Instituciones de Derecho Procesal”, 1968, vol. I, p. 234).

De acuerdo con la doctrina especializada en Derecho de Familia el Juez con competencia en estos asuntos se distingue por su activismo y acompañamiento, actuando en este modelo aún no definitivamente contorneado, y asume una misión de apoyo y colaboración con las partes, particularmente las más débiles, a través del consejo y auxilio técnico, sin que su cometido sea óbice al principio de neutralidad del juez, ni el de preclusión que en su expresión más extrema cede paso a la pauta más rendidora de la flexibilización de las postulaciones de las partes en la etapa

constitutiva del proceso (conf. Colessanti, V. “II Proceso di cognizione nella riforma del 1990”, 1993, p. 20 y ss.).

El conflicto familiar exige una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos. No se trata de prescindir de la ley sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia las razones de conciencia y de convencimiento personal del juez (conf. Mosset Iturraspe, J., “El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez”, LL, 17/02/98). Una suerte de justicia “mixta” de equidad y ley, que nunca defraudará las aspiraciones de la ley —expresaba Couture— si el magistrado coloque por encima del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera.

3. LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONVENIO

Resulta que a poco de andar en el presente proceso, la Sra. Asesora a fs. 82 vta./83 pto. II articula la pretensión de nulidad del convenio celebrado entre los presentantes conforme el art. 1047 del C.C. Frente a ello las mismas respondieron a fs. 114/119 y el Ministerio Fiscal a fs. ...

A tenor de la pretensión esgrimida por la Sra. Asesora y de su encuadre en derecho, resulta evidente que requiere la nulidad absoluta del contrato acompañado por los pre-

art. 242 establecía: “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. Ello, en tanto la madre gestante también lo es orgánicamente por haber contribuido al desarrollo del embrión —nutriéndolo y cuidando de él— y a su alumbramiento, con prescindencia de la mujer que proveyó los gametos. Es madre biológica, aunque no genética. Por otra parte, de ninguna norma jurídica argentina surge que la calidad de madre resulta con exclusividad del aporte genético. El período del embarazo —que va desde la concepción hasta el alumbramiento— es muy importante para el desarrollo de la persona por nacer. La trascendencia de las influencias prenatales físicas y psíquicas ha sido demostrada científicamente⁽¹⁸⁾. Además, en las relaciones jurídicas familiares juega un rol preponderante el orden público, por lo que este “pacto” de maternidad subrogada debe ser sustraído de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que queda prohibida la renuncia por parte de la gestante a la maternidad jurídica que resulta del parto. Esta solución a favor de la maternidad de la gestante, además, ayuda a disuadir de la práctica de la maternidad subrogada. Asimismo, se tiene en cuenta el interés primordial del niño, quien, de permitirse y prosperar una acción de impugnación de maternidad, quedaría sin una madre cierta en el supuesto de que el óvulo proviniera de una donante anónima⁽¹⁹⁾.

2) Quienes dan preeminencia a la maternidad de quien aporta el óvulo, en cambio, ponen el acento en el elemento genético, al afirmar que este define la identidad de la persona. Para JORGE LLAMBÍAS⁽²⁰⁾, la madre “genuina” es aquella cuyo óvulo fue fecundado, en contraposición a la que califica como “postiza”. Otros autores que coinciden con esta opinión, conforme al “privilegio de la verdad biológica”, sostienen que madre del nacido será la mujer que aportó su óvulo para la concepción.

3) La doctrina de la “voluntad procreacional”⁽²¹⁾, consagrada en el art. 262 del cód. civil y comercial, esta-

blece que los nacidos de las “técnicas de fecundación artificial”⁽²²⁾ son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, con independencia de quién haya aportado los gametos. Sostienen los partidarios de esta tesis que el hijo desarrollará mejor su vida con la familia que “deseó” su nacimiento, consagrando jurídicamente que padre es solo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, es decir, que “es padre el que quiere serlo”.

En este sentido, sostienen los colaboradores en la redacción del Código Civil y Comercial que “la voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA”⁽²³⁾. Ejemplifican diciendo que “el CCyC regula las técnicas de reproducción médicamente asistidas; de allí, la necesaria intervención de un centro de salud especializado que debe recabar el pertinente consentimiento informado, no así las llamadas ‘prácticas caseras’, a las que suelen apelar las parejas de mujeres que se inseminan de manera casera con material genético masculino de una persona conocida... Este tipo de ‘prácticas caseras’ quedarían bajo la regulación de la filiación por naturaleza o biológica. Así se desincentiva de este modo informal de acceder a paternidad/maternidad con el objetivo de evitar conflictos”⁽²⁴⁾. Sostengo que el mismo criterio y fundamento —desincentivar— debería seguirse respecto del comodato/alquiler de vientres.

Explica CAMELO: “Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA”⁽²⁵⁾. Sin embargo, explicaré a continuación que el magistrado que dicta la sentencia bajo análisis no realiza esta distinción, basándose en el dato genético para determinar la filiación.

En efecto, entiende el magistrado Neirotti que “el problema que se presenta frente a la llamada ‘maternidad su-

brogada’ o ‘gestación por sustitución’ es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados (...) ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa general de fondo. Así, y de acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil actual, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada (...) Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional de la pareja así como también, a no dudar, lo que surge de la *correspondencia genética del nacido con la pareja* que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica” (consid. 4º, el resaltado me pertenece).

Por ello considera que “resulta procedente acceder a la demanda entablada en tanto, si se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de la pareja de convertirse en padres del niño, la *correspondencia biológica del nacido respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN* agregado a fs. 85/88, en base sin duda al principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la *correspondencia de la realidad biológica*” (consid. 4.d.ix, los resaltados me pertenecen).

Es decir que, en el caso bajo análisis, resulta determinante la prueba genética de ADN, a diferencia de otros supuestos de fecundación artificial, en los que se establece la filiación aun en contra de la identidad genética del niño (v. gr. en los casos de fecundaciones artificiales realizadas con gametos de terceros ajenos a los de quienes manifiestan su voluntad procreacional), que consagra de este modo una incongruencia en el régimen de filiación y una violación de la igualdad de los niños nacidos de estas técnicas.

4 Conclusión

El desarrollo biotecnológico desvinculado del respeto por la persona ha generado un “encarnizamiento procreativo”⁽²⁶⁾ —que en el caso analizado se concreta en un contrato de “gestación por sustitución”— nocivo para los niños concebidos artificialmente, por lo que debe ser desalentado por los legisladores y jueces argentinos.

VOCES: BIOÉTICA - FAMILIA - PERSONA - PODER JUDICIAL - SALUD PÚBLICA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - FILIACIÓN - MEDIDAS CAUTELARES - CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(26) MARTINAZZO, IRIS E. E., *Jugando a ser dioses*, cit., págs. 107, 113/123 y 127.

(18) Ver la extensa bibliografía citada en ERRÁZQUIN, ALICIA, *¿Qué es el embrión? De prodigio de la vida a mártir de la tecnociencia*, Jornadas de Derecho Natural III Nacionales y I Iberoamericanas, Universidad Católica Argentina, Paraná, septiembre de 2005, conferencia; misma autora, *Acerca del conocimiento del más pequeño ser humano*, EL DERECHO, diario especial de Política Criminal, 8-9-05; LÓPEZ MORATALLA, NATALIA, *La situación biológica primordial del ser humano engendrado y del producido*, en www.notivida.org; MADRAZO CABO, JOSÉ M. - MARCÓ BACH, JAVIER, *El embrión humano, un ser autónomo en comunicación con su madre desde sus primeros días de vida... Evidencias Científicas*, material de estudio de la Maestría en Desarrollo Humano de ULIA.

(19) Esto también es puesto de relieve, entre otros, por ALTERINI, ATILO, *Cuerpo humano, persona y familia*, cit. por SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación...*, cit., pág. 172.

(20) LLAMBÍAS, JORGE J., *La fecundación humana in vitro*, cit. por SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación...*, cit., pág. 173.

(21) La Comisión N° 6 de Derecho de Familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó, por 32 votos afirmativos contra 17 negativos, que “la voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”. Comisión N° 6 de Derecho

de Familia, *Conclusiones*, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29-9-11).

(22) Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11).

(23) CAMELO, GUSTAVO, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Buenos Aires, 2015, pág. 290.

(24) *Ibidem*, pág. 287.

(25) *Ibidem*, pág. 290.