

AUTO NÚMERO: Doscientos cuarenta y tres

Córdoba, veinticinco de abril de dos mil diecinueve. **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**V. A. B. y OTROS- SOLICITA HOMOLOGACIÓN-**” que tramitan por ante este Tribunal de los que resulta que a fs 1/ 23 comparecen los Sres. A. B. V., J. E. M. y R. N. L. M. y solicitan que se homologue el acuerdo celebrado con fecha diez de octubre de dos mil dieciocho mediante Escritura Número cuatrocientos ochenta y cinco y el planteo a tal fin de la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, alegando que el mismo atenta contra derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Aducen la necesidad imperiosa de dicha aprobación, atento los tiempos biológicos, y para que la implantación embrionaria tenga la mayor posibilidad de éxito en el cuerpo de la Sra. R. N. L. M. -gestante) Los Sres. V. y M. expusieron que conviven desde hace siete años al tiempo de promover la demanda .Relata la Sra. V. que en el año 2003 le fue diagnosticado un carcinoma ductal infiltrante de 3º encapsulado , que describe como un cáncer muy avanzado que ponía en grave riesgo su vida , y que para su tratamiento necesitó de cuatro sesiones de quimioterapia y cuarenta de rayos con el fin de detener la enfermedad. Expone que dicho tratamiento afecto gravemente su aparato reproductivo y agrega, que sus médicos tratantes le informaron que bajo ningún punto de vista dado su padecimiento y por una cuestión preventiva podía llevar adelante un embarazo porque la gestación del niño podría generar reactivaciones de células cancerígenas por los cambios hormonales que produce el embarazo, ya sea espontáneo o natural o por métodos de fertilización asistida. Relatan que el Sr. J. es divorciado y tiene dos hijos de un anterior matrimonio, y que desde siempre soñaron con A. formar una familia, atravesando problemas médicos no solo en sus mamas sino que también en sus ovarios y útero. La Sra. R. M. manifestó que es cuñada de A. y que en un acto de amor supremo le ofreció ser gestante del futuro hijo/a de aquella y de J., y detalló que ella ya tiene cuatro hijos y no tiene voluntad de volver a ser madre, y que la motiva a ser gestante la necesidad de ser solidaria con A., y que tal acto lo había hablado y consensuado con su marido, estando ambos de acuerdo en que gestara el hijo de A. y J. de manera solidaria, lo que llevó a los padres intencionales a comenzar a realizar las averiguaciones jurídicas y médicas pertinentes , resultando la gestación por sustitución el camino elegido para

concretar el proyecto familiar. Agregan los comparecientes que el proceso de fertilización que utilizarán es el denominado ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) – Gestación por Sustitución, que se desarrolla en distintas etapas y tiempos, que en grandes rasgos cuenta con una primera etapa en la que se evalúan las condiciones y calidad de los gametos. Continúan manifestando que determinada la viabilidad de los mismos, se inicia la estimulación ovárica mediante la administración de inyecciones para que en ese proceso de ovulación inducida se produzcan ovocitos en un mayor número que el natural y sean retirados (recuperados), para luego ser sometidos al proceso de fertilización con la técnica ICSI y que una vez concretada la unión de los gametos, se inicia un tiempo de espera de algunos días en el que se controla el desarrollo del proceso de división celular y cuando el número de divisiones le permite alcanzar la condición de “blastocisto” es transferido al útero. Manifiestan que tras esa transferencia se inicia el proceso, ya en forma natural, en el que el blastocisto se implanta (adhiera o anida) en la pared del 3 útero con lo que se considera que ha dado inicio al embarazo conformándose así la práctica de la gestación por sustitución, y que se llevará adelante con gametos masculinos aportados por el Sr. M. y Gametos Femeninos correspondientes a una donante anónima (ovo donación) Seguidamente exponen los fundamentos jurídicos y principios aplicables que avalan la petición, entre ellos: principio de reserva, autonomía de la voluntad, voluntad procreacional, interés superior del niño, derecho a la identidad, citando expresa normativa a tal fin. Detallan los derechos agraviados que justifican la homologación y el pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, tales: derecho a la vida y la libertad reproductiva, a la salud, igualdad y no discriminación, derecho al goce de nuevas tecnologías, derecho a la protección familiar, derecho a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Destacan las razones que conducen a la tacha de inconstitucionalidad impetrada, con cita de expresa normativa legal y jurisprudencia al efecto, la que tengo por reproducida en honor a la brevedad. En definitiva solicita se les otorgue autorización requerida para proceder legalmente a la realización de los procedimientos médicos, y que asimismo, de nacer con vida el menor, se ordene la inscripción al Registro Civil de las Personas, en condición de hijo de A. y J. Ofrecen prueba documental y hacen reserva del caso federal. A fs. 34/36 vta. obra Acuerdo de Gestación por Sustitución (de fecha 10.10.2018). A fs. 79 con fecha 22.11.18, se otorga

trámite a la petición, fijándose audiencia a los fines de escuchar a las partes y se ordena oficiar al CATEMU, a fin de realizar un estudio interdisciplinario en la persona de los pretensos progenitores y de la pretensa gestante junto a su cónyuge, ordenándose la intervención del Ministerio Público Fiscal atento el pedido de inconstitucionalidad quien toma Intervención a 83. A fs. 99/100 obra Informe Técnico Interdisciplinario elaborado por las Licenciadas– V. B. y G. D. A fs. 92 consta la realización de la audiencia. Y luego de la misma se ordena correr nuevamente traslado a al Ministerio Publico Fiscal quien lo evacua a fojas 93/109. Dictado el decreto de Autos (fs. 110), queda la causa en condiciones de dictar resolución.- **Y CONSIDERANDO:** **I)** El pedido de homologación de un convenio presentado por los Sres. A. B. V., J. E. M. y R. N. L. M. sobre “gestación por sustitución” por el cual la Sra. R. M. manifestó que es cuñada de A. y que en un acto de amor supremo le ofreció ser gestante del futuro hijo/a de aquella y de J. y detalló que ella ya tiene cuatro hijos, no tiene voluntad de volver a ser madre, y que la motiva a ser gestante la necesidad de ser solidaria con A.. Se peticiona que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona o pareja comitante quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto dispone que “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”. **II)** Antes de adentrarnos a considerar la causa propiamente dicha, es pertinente explicitar lo que impone a los Jueces las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de **Juzgar con Perspectiva de Género**. Qué implica ello: *En el análisis y resolución de la causa como de la jurisprudencia que la sustenta trataremos de mostrar la necesidad de juzgar desde esa perspectiva en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, porque consideramos que es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia familiar o al femicidio Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones*

supranacionales, nacionales y provinciales de última generación, si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género. En efecto, **el concepto de género –comprensivo de ambos sexos- consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura.** El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos que garantizan. Acerca del concepto de “género”, hay que tener en cuenta que mientras el término sexo identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (o del macho y de la hembra, cuando se trata de animales), género se entiende como “el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos.” Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente. Por eso, el género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados. Hay que vencer la “extraordinaria inercia que resulta de la inscripción de las estructuras sociales en el cuerpo” (Pierre Bourdieu), erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como “inscritos” en nuestro propio ser, lo que conlleva un trabajo largo y paciente que incluye tareas de aprendizaje, de formación de conciencias y desarrollo de amplias políticas de Estado para revertirlos. **Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas.** No sólo da una respuesta al problema individual. El Poder Judicial debe impulsar un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la Planificación Institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto para quienes utilizan el sistema de justicia, como para los empleados, funcionarios y Magistrados que desarrollen su labor. Reitero, Género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere

simplemente a mujeres u hombres, sino a la manera en que se construyen socialmente, más aun en este caso donde se trata del derecho de una mujer a ser madre (comitente) y otra a gestarlo,(gestante) y el derecho a constituir una familia. Desde esta perspectiva, se analizaran los siguientes derechos a los fines de valorar si lo peticionado es ajustado a derecho.-----

-

A) Derecho a la autonomía personal - Libertad de intimidad. Es el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros. Este derecho se encuentra contenido en el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de nuestra C.N. "El principio de autonomía personal que también podemos denominar de reserva o autoreferencia, está contenido en el artículo 19 de la Ley Fundamental. El precepto constitucional recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica, como norma de apertura del sistema de derechos individuales." La doctrina sostuvo al respecto que: "Este principio implica que cada persona adulta, mayor de edad –excluye a los menores– con consentimiento, es decir, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a los incapaces que no comprenden sus actos–, puede escoger el que considere “mejor plan de vida” para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas –adultas y capaces– tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores. Como contrapartida, debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer irracional o imprudente. Este criterio ha sido elaborado por la Corte Suprema en el precedente “Bahamondez” y ratificado en el fallo “Albarracini”.-----

B) Derecho a que se respete la vida privada y familiar. Es el derecho que poseen las personas a que el desarrollo de su proyecto de autorrealización, que lleva implícita la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, se encuentre exento de todo tipo de injerencias arbitrarias. El derecho al respeto de la vida privada se encuentra recogido en el marco jurídico internacional por los artículos 12 de

la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.-----

C) Derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (artículo 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969), en su artículo 17, al expresar que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no-discriminación establecido en esta Convención”. En igual sentido fue recepcionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su artículo 23. Afirma Kemelmajer de Carlucci que el C.C. y C.N. parte de una noción básica: “...la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a ‘la naturaleza’; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.” (Kemelmajer de Carlucci, 2014).-----

D) Derecho a procrear –voluntad procreacional Este derecho forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial de Desarrollo (1984) y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995). Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En este sentido se incluye el derecho a adoptar decisiones

relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos .Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre .La doctrina se pronuncia al respecto diciendo: “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que “desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”(Gil Domínguez, La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13). Por su parte la jurisprudencia ha definido la voluntad procreacional como “...el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Causa: NNODG M B M S/Inscripción de nacimiento – Juzgado Nacional de 1o Instancia en lo Civil no 86 de fecha 18/06/13).-----

-

E) Derecho a la salud sexual y reproductiva. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre

están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no 14 - 2000). Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra nuestra Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) de, entre otros, : 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC– y art. 10, ley nacional 23.311), 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y art. 10, ley nacional 23.179).-----

F) Derecho a gozar los beneficios del progreso científico. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual.-Por el art. 15 del llamado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los 160 países firmantes -incluido Argentina-, “reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”; por los que los estados partes asumieron el compromiso de tomar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia” y se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica En igual sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su tercer informe “A/HRC/20/26”, insta a todos los estados partes a garantizar: 1) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, 2) la oportunidades para todos de contribuir a la actividad

científica y la libertad indispensable para la investigación científica, 3) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y 4) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología. El Comité de Derechos Humanos expresa que la posibilidad de procrear es parte del derecho de fundar una familia, estableciendo además que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho .-----

G) Derecho a acceder a las TRHA. La ley n° 26.862 (Reproducción Médicamente Asistida - Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida) tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1). Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2) Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley n° 26.529 (ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7)."Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica": derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación" (Exp. N° LZ-62420-2015 H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC) (419) LOMAS DE ZAMORA, 30/12/15).-----

H) Derecho a la no discriminación. La singularidad de las circunstancias que llevan a los peticionantes a articular esta acción me permite concluir que, siendo titulares de todos los derechos que sumariamente se explicitaron en los párrafos anteriores, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde una obligada perspectiva de género- constituirse en un valladar para el acceso de este matrimonio a esta compleja TRHA, so pena de convalidarse – además- un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- (arts. 1; 2; 3; 5; 12 inc. 1; art. 16 inc. 1 pto. e) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belem Do Pará- (arts. 1; 4 incs. a, b, c, f). Entonces, si la única TRHA que permite al matrimonio o unión convivencial para concretizar todos los derechos que titularizan es la gestación por sustitución,.- Es responsabilidad de esta Magistrada, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida que a esta pareja cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia, el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH. Resultando que el obstáculo para que los Sres. V. y M. accedan a la TRHA de gestación por sustitución no es de orden normativo, sino operativo al exigir la institución como condición previa a la realización de la práctica médica la autorización judicial, ésta deviene instrumentalmente necesaria e insoslayable, en razón de la cual corresponde sea otorgada a los peticionantes de la homologación en los presentes obrados de la Gestación por sustitución la correspondiente autorización, judicial.-----

III) Ello así, en primer lugar debo expedirme acerca de la legalidad y viabilidad del acuerdo que se presenta para su homologación y acerca del pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CC y CN. Para ello tomaré en consideración lo

opinado por la Representante del Ministerio Público Fiscal. Tendré en cuenta especialmente el informe del CATEMU (Equipo Técnico Multidisciplinario del Fuero de Familia) y en especial por aplicación del principio de inmediatez y el convencimiento en el encuentro personal con las partes celebrado en autos a fojas 92, contribuiré a la formación de la convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensionamiento que tienen el procedimiento y las implicancias del mismo. La cuestión de fondo es la admisión de la homologación peticionada, para ello es necesario en primer lugar expedirme si corresponde o no hacer lugar al pedido de Inconstitucionalidad peticionado por las partes y la Sra. Fiscal del art 562 del C.C. A tales fines es necesario primero ponderar ¿Es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 562, en tanto dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz? ¿Existe una limitación legal que impida que el/la hijo/hija por nacer mediante esa técnica sea inscripto como hijo de los padres biológicos/comitentes? Si bien los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supra legalmente. Una decisión de estas características importa la “última ratio” del sistema jurídico (para una mayor profundización de los sistema de declaración de inconstitucionalidad, se puede consultar, entre muchos autores a Nash Rojas, Claudio: “Control de Convencionalidad”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 7, 2015, pp. 6-12; y Saggese, Roberto: “El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010; Lloveras, Nora. y Salomón, Marcelo: “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 83-85; Ekmekdjian Miguel: “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1995, TIII, entre otros). -Por ello previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los art. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión. –Ello así conforme a lo peticionado por las partes y lo dictaminado por la Sra. Fiscal de Familia entiendo que es pertinente **declarar la Inconstitucionalidad de la norma en cuestión.** Doy Razones : No debe perderse de vista que en el reparto de

competencias que la Constitución Nacional al organizar la república, veda a los jueces la posibilidad de crear derecho, es decir, no se les otorga facultades legisferantes propias del Congreso de la Nación, recordando que tanto el Congreso, como el Poder Ejecutivo en los distintos estadios de formación de las leyes necesariamente realizan un test de constitucionalidad y de convencionalidad para que la nueva ley, no avance sobre normas de jerarquía superior, puesto que de lo contrario se conduciría a un caos normativo. En última instancia y en las facultades conferidas al Poder Judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, que a la postre es la máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces para así decidirlo, lo contrario significaría una auto atribución de facultades incompatibles con un sistema republicano. Indudablemente que para analizar si una norma es o no constitucional debe valorarse además de la situación jurídica, el momento y en entorno social en que se formula el planteo, o bien, desde que oficiosamente el Juez decide expedirse sobre la cuestión. El pedido de inconstitucionalidad atañe al estado de las personas, atributo éste donde está comprometido el orden público familiar. En este orden la tacha de inconstitucionalidad del art. 562 del C.C. y C.N., se erige en una cuestión dirimente para la viabilidad de la filiación impetrada. En este derrotero, se impone verificar, previo a la cuestión constitucional, si el pedido de autorización para la gestación impetrada, resulta objetivamente proponible. Prima facie, debe examinarse si los peticionantes ostentan la debida legitimación sustancial activa. Si están habilitados para acudir al procedimiento judicial y requerir se remuevan los obstáculos que, en el sistema legal vigente, les impide acceder a la plena operatividad de la voluntad procreacional (en especial la previsión del art. 562 del C.C. y C. N, que tiene por progenitora a quien da a luz), los que si reúnen los requisitos exigidos por la normativa vigente lo que explicitare oportunamente. La doctrina transcripta expone con claridad que la Corte Federal expresamente reserva al Poder Judicial, y en especial a los jueces, la realización de oficio de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de toda norma que deba aplicar en un caso concreto. ¿Es viable la homologación del acuerdo que habilite la realización de la práctica solicitada? Ante ello haré referencia a un marco teórico fundamental para comprender la cuestión que aquí se trata. En el caso traído a resolución, la Sra. V. en el año 2003 le fue diagnosticado un carcinoma ductal infiltrante de 3° encapsulad, que describe como un cáncer muy avanzado que ponía en

grave riesgo su vida, y que para su tratamiento necesitó de cuatro sesiones de quimioterapia y cuarenta de rayos con el fin de detener la enfermedad. Expone que dicho tratamiento afectó gravemente su aparato reproductivo y agrega, que sus médicos tratantes le informaron que bajo ningún punto de vista dado su padecimiento y por una cuestión preventiva podía llevar adelante un embarazo porque la gestación del niño podría generar reactivaciones de células cancerígenas por los cambios hormonales que produce el embarazo, ya sea espontáneo o natural o por métodos de fertilización asistida. Por su parte la Sra. R. M. ofreció ser gestante del futuro hijo/a de aquella y de J. M., resultando la gestación por sustitución el camino elegido para concretar el proyecto el proyecto familiar. Agregan los comparecientes que el proceso de fertilización que utilizarán es el denominado ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Inyection) – Gestación por Sustitución, que se desarrolla en distintas etapas y tiempos, que en grandes rasgos cuenta con una primera etapa en la que se evalúan las condiciones y calidad de los gametos. Continúan manifestando que determinada la viabilidad de los mismos, se inicia la estimulación ovárica mediante la administración de inyecciones para que en ese proceso de ovulación inducida se produzcan ovocitos en un mayor número que el natural y sean retirados (recuperados), para luego ser sometidos al proceso de fertilización con la técnica ICSI y que una vez concretada la unión de los gametos, se inicia un tiempo de espera de algunos días en el que se controla el desarrollo del proceso de división celular y cuando el número de divisiones le permite alcanzar la condición de “blastocisto” es transferido al útero. Manifiestan que tras esa transferencia se inicia el proceso, ya en forma natural, en el que el blastocisto se implanta (adhiera o anida) en la pared del útero con lo que se considera que ha dado inicio al embarazo conformándose así la práctica de la gestación por sustitución, y que se llevará adelante con gametos masculinos aportados por el Sr. M. y Gametos Femeninos correspondientes a una donante anónima (ovo donación) Por lo que se encuentra médicamente viable para llevar adelante un embarazo. Cabe expedirme en este estadio que lo que la denomina “gestación por sustitución”. La misma implica un acuerdo de voluntades en el que una o dos personas que aportan material genético propio o de terceros (comitentes) y una mujer que llevará adelante un embarazo (gestante), utilizando para ese proceso una de las denominadas “Técnicas de Reproducción Asistida”. Estas son entendidas como “los procedimientos y técnicas

realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2 de la ley 26.862). En el supuesto que nos ocupa existe una mujer/gestante, que se compromete a llevar adelante un embarazo con material genético del Sr J. E. M. y gametos femeninos correspondientes a una donante anónima (ovo donación) y que será producido por algunas de estas técnicas que necesariamente serán de alta complejidad. Así, se peticona que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona o pareja comitente quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. De manera indudable este tipo de procreación importa una visión diferente a las clásicas maternidades o paternidades, que nos lleva a replantearnos muchos de nuestros tradicionales posicionamientos sobre la cuestión. En este sentido ya en el año 2011 Eleonora Lamm advertía que “inevitablemente, las TRA desafían cambios en la normativa vigente debido a que amplían las opciones de reproducción y cuestionan las nociones tradicionales de paternidad maternidad, embarazo, así como también la del parto” (Cfr.: Lamm, Eleonora: “La autonomía de la voluntad y aplicabilidad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de regulación legal”; Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 108). Esta posición es reafirmada por la misma autora junto a Aida Kemelmajer y Marisa Herrera al analizar algunos de los primeros casos sobre gestación por sustitución que se presentaron en los tribunales de nuestro país (Cfr.: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora; Herrera, Marisa: “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”; LA LEY 11/07/2013, 11/07/2013, 3; entre otros). Como consecuencia de lo referido estimo que de manera clara la “gestación por sustitución” debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de Fertilización Asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “voluntad procreacional”, elemento estructural de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el art. 562 del CC y CN. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible de realizarla con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual. Ahora bien cabe referir que esta práctica

especial que no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la ley 26.862 (Ley de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”). Sin embargo debo recalcar que tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. Por ello debo preguntarme si a causa de ese silencio legal la misma ¿se encuentra vedada para nuestro sistema jurídico (ya que no ha sido expresamente receptada), o si por el contrario la ausencia normativa importa una práctica permitida? En este punto me inclino por la segunda postura, es decir que la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. En este sentido y como refiere la doctrina es perfectamente viable que “la autonomía de la voluntad tenga un ámbito de acción muy amplio en esta práctica” (De Lorenzi, Mariana A.: “Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad”; AP/DOC/179/2017). No cualquier acuerdo en este sentido debe ser tenido por válido, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados. Los peticionantes han acudido a la vía judicial a los efectos que desde este poder del Estado se realice el adecuado control de la forma gestacional elegida. Por otro lado que la voluntad de la gestante, no se encuentre viciada, que tenga una verdadera noción de la acción que está emprendiendo, que tenga condiciones de salud física y psíquica que le permita llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer y que no aporte el material genético, para así evitar que además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica. Y por último con respecto a los comitentes, debe verificarse que exista en ellos la voluntad procreacional en los términos del art. 562 del CCyCN, entendida como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (Cfr: Gil Domínguez, Andrés: “La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico”, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12). Ante el silencio legal debemos ser los jueces quienes ante cada caso en concreto tenemos que pronunciarnos acerca de la legalidad de la práctica que se realiza y en definitiva determinar la filiación de los hijos/hijas nacidas por esta técnica. Siguiendo la elocuente posición de Mariana de Lorenzi y Lorena Capella esta falta de recepción importaría una situación de

“alegalidad” y las doctrinarias acuden al Diccionario de la RAE para decir que es aquello "no regulado ni prohibido". Las autoras señalan que “Es así que hoy en día nos encontramos ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial. Este vacío condena a los nacidos y a sus gestantes, padres, madres y familiares a un limbo jurídico del que sólo pueden ser rescatados por los jueces., hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, para que las personas involucradas no permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Verificando si en el sub caso se presentan los requisitos antes referidos, llego a una respuesta afirmativa en base al siguiente análisis: a) En relación al control jurisdiccional requerido, surge claro que las partes han acudido a la vía judicial para hacer valer sus derechos. Lo han realizado antes de iniciar cualquier proceso de gestación por la vía de los hechos. De esta manera entendieron que debían concretar el pedido de autorización de manera previa a cualquier práctica en concreto. Por tal motivo este primer requisito ha sido cumplimentado acabadamente b) Con respecto a la situación de la gestante, el informe elaborado por las profesionales el CATEMU, da cuenta de su pleno, cabal y desinteresado apoyo a la realización de CAPACIDAD DE DECIDIR LIBREMENTE DE LA GESTANTE Y LA MADRE POR SUSTITUCION. Su capacidad de comprensión de las distintas aristas que la cuestión plantea han sido elaboradas por ella de manera individual y también por su grupo familiar. En este sentido señalan que *“Ante la situación planteada, la Sra. V. inicia un recorrido médico y legal a los fines de conocer las posibilidades reales en ambas vías para llevar a cabo la gestación por sustitución. En cuanto al recorrido médico, realizaron consultas en un Centro de Fertilización, donde se llevaron a cabo los estudios especializados pertinentes. En la vía legal, se informaron sobre los antecedentes judiciales respecto a casos similares, decidiendo ambos grupos familiares solicitar autorización previa a la intervención médica. En el ámbito socio familiar de los involucrados este proyecto es conocido tanto por la red familiar como por amigos y conocidos de la localidad de residencia del matrimonio M. R.. En este sentido, esta red que acompaña, se constituye en sostén emocional en este recorrido. En la Sra. R. M. se advierte seguridad y firmeza en su disposición, con total independencia de las opiniones de terceros no involucrados. Asimismo, su situación de madre y su profesión (Doula) le permiten empatizar con A. V. y su deseo de tener un hijo. Entre ambas mujeres se observan fuertes lazos afectivos y de colaboración, siendo además la Sra. V.*

*madrina de uno de sus hijos. En cuanto a los hijos de la pareja M.- R., los progenitores refieren haber abordado con los mismos en función de su edad y posibilidades de comprensión la posibilidad de llevar adelante un embarazo, que sería primo de ellos. El presente ofrecimiento de la Sra. M. se inscribe en una trama de intercambios donde prima la colaboración solidaria entre mujeres, frente a la necesidad de una y el recurso de la otra, en un vínculo estrecho de afecto...”. De manera palmaria se pudo evidenciar tanto en el dictamen de nuestro equipo técnico como en el contacto con las partes en la audiencia fijada, la voluntad de ser progenitores, al no poder lograr un embarazo en el cuerpo de la Sra. A. B. V., expresándolo de manera concreta en el acuerdo de voluntades traído a homologar. Así, esa voluntad procreacional, se constituye como fuente de la filiación. Ahora bien, la “gestación por sustitución” no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la Ley N° 26862 (Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción), por eso corresponde expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad del art 562 del C.C y C en el caso concreto que reza: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”, en tanto y en cuanto atribuye la calidad de progenitora a quien da a luz al niño nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA). Resulta pertinente en este contexto transcribir lo dictaminado por la Sra. Fiscal de Cámara al respecto, en su parte pertinente: “...justificada las cuestiones formales que habilitan el control constitucional, ingresaré a considerar si la norma impugnada resulta o no inconstitucional. Se trata, de un caso de gestación por otro, es decir del supuesto en el cual la mujer se compromete a gestar un niño con material genético de terceros, en el caso quienes asumen y consienten **SOBRE LA PROCEDENCIA FORMAL DEL PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDAD. III. a. 1 SOBRE LA PROCEDENCIA TEMPORAL:** El planteo resulta temporáneo pues se realiza en la primera oportunidad procesal, y conforme se expuso supra, tendiente a liberar el obstáculo en*

orden a la pretensión que se trata. Se encuentra plenamente satisfecho el recaudo temporal referido. III. a. 2 **SOBRE LA PROCEDENCIA FORMAL PROPIAMENTE DICHA:** La primera cuestión a abordar, al estar involucrada cuestiones de carácter constitucional, es determinar si están cumplidos los requisitos de la admisibilidad formal de la presentación, entre los que se cuenta la carga de esgrimir con precisión, no sólo los derechos constitucionales presuntamente vulnerados por la normativa en crisis, sino además como impactan en las partes en el caso concreto. En este sentido ha expresado nuestro Máximo Tribunal que la introducción de la cuestión constitucional debe ser eficaz, precisa, sin que sean suficientes las aseveraciones de carácter genérico o abstracto; es menester, por consiguiente, que se proponga específicamente al tribunal de la causa el derecho que se pretende inobservado y cuáles son las garantías constitucionales en juego (CSJN, Fallos 187-505). Por otra parte, dado la gravedad que tal declaración conlleva, el examen de ella ha de ser "estricto" en razón de los efectos que produce (CSJN, Fallos 312:72; 2315; 226:688; 242:73; 285:369; 300:241; 1087; 314:424, entre otros), es decir que sólo puede acudir a esa solución cuando se trate de la última herramienta de la que puede hacer uso el juzgador. De la lectura del libelo, se advierte que las partes han invocado la violación o vulneración de variados derechos constitucionales, con especificación puntual de la repercusión y la entidad de ésta en el caso concreto. Por ende, en este examen liminar formal, aún sin desconocer el principio en el que se apoya el Estado de Derecho: estar a la validez del sistema legal, en el caso, conforme examinaré infra, del análisis de los derechos que se dicen vulnerados en relación a las normas atacadas, se deriva un gravamen con virtualidad suficiente para examinar el planteo de invalidación impetrado. En autos, existe dicha especificidad, por lo que resulta admisible el pedido de examen. De no ser así, los jueces actuarían en desmedro del derecho vigente, ignorando, desconociendo y obstaculizando las decisiones aprobadas por los legisladores -órganos de responsabilidad electoral- a quienes no es correcto atribuir, a priori, imprevisión, incoherencia o falta de razón (TSJ Cba., "Ganga Salvador L. C/ FIAT Auto Argentina SA y otros - Indem. por Incap. - Recurso de casación e inconstitucionalidad", Sentencia N° 4 del 12/3/02). Recaudos para el control judicial de constitucionalidad - Existencia de "caso": Constituye un tópico incuestionable que todo control judicial de constitucionalidad, cualquiera sea la vía que se emplee para su proposición (incidental

o de excepción, recursiva, de acción, etc.) sólo tiene andamio en el marco de un “ caso ” concreto. Es decir, toda inspección jurisdiccional de constitucionalidad se supedita –indefectiblemente- a que la misma opere “ in concreto ” y no “ in abstracto ”, debiendo resolverse la cuestión conforme las particularidades del supuesto de hecho singular sometido a juzgamiento. En sentido coincidente, autorizada doctrina ha sostenido que “ las cuestiones de constitucionalidad integran... las causas judiciales en la medida que sean pertinentes para la solución del pleito y que pueda llegarse a una sentencia de condena que reconozca un derecho a cuyo cumplimiento obstan los preceptos impugnados ” (Conf. HITTERS, Juan C., Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, 1998, Librería Editora Platense SRL, 2ª ed., p. 692). La existencia de “ caso ” –por su parte- implica que exista un sujeto que reclame el control constitucional en función de verse “ perjudicado ” o “ agraviado ” de un modo “ suficientemente directo ” o “ substancial ” por la normativa opugnada (Conf. CSJN, Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147, entre muchos otros). Es lo que se conoce con el nombre de “ interés de obrar ” A contrario, no se encuentra –procesalmente- habilitado para plantear la inconstitucionalidad de una norma, quien no pueda alegar un específico menoscabo (o inminencia de sufrirlo), en un derecho propio, pretendidamente reconocido por el ordenamiento, en una situación concreta. Esta exigencia formal ha sido particularmente puesta de relieve por el máximo Tribunal de la Nación, en la inteligencia de que el recaudo de un “ caso ”, requiere que los litigantes interesados demuestren la existencia de un perjuicio, entendido como la afectación de un interés jurídicamente protegido, de “ orden personal, denegación particularizado, concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial ” (CSJN, Fallos: 321:1252, Consid. 4º). En conclusión de lo hasta aquí dicho: para la admisibilidad de un planteo de inconstitucionalidad es recaudo insoslayable que quien inste tal control alegue y acredite padecer un agravio o perjuicio, o inminencia de tal, derivado de la normativa puesta en tela de juicio. Admisibilidad de este segmento del planteo: Por aplicación de tales lineamientos a la especie, se evidencia la invocación de serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, etc, que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitentes, gestante y su cónyuge) surge acreditado. En definitiva estimo que la

normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y concreto” los derechos mencionados, y pone de relieve un agravio serio y de entidad que habilite el control de constitucionalidad propiciado. De tal guisa, se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto, y toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, a la que sólo debe acudir en casos extremos de probada disconformidad con la Ley Fundamental, a juicio de la suscripta, este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. Es que si bien en la especie, la particularidad estriba en que, a diferencia de la mayoría de los supuestos arribados a la justicia, no se ha producido la gestación, ni el nacimiento de un niño, se acude a la vía judicial para requerir la autorización y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, los aportantes del material genético, sean considerados como progenitores conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que lleva adelante el embarazo. Es que debido a la falta de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, de uno de los comitentes acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. IV. a. SOBRE LA PROCEDENCIA SUSTANCIAL DE LA CUESTIÓN ser los padres del niño a concebir. Dado que la Gestación por sustitución (en adelante GS) no está prevista en la legislación fonal, se acude al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, han aportado su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada -art. 562 del C.C. y C.N-, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño.”-----

-

IV) En consecuencia, la norma del art. 562 del CC y CN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. B. V. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y CN resulta inconstitucional en el caso de

autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. A. B. V. Además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos. Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y CN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. Esta Magistrada está llamada a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras el Poder Judicial debe ejercer de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana” (cfr. “Almonacic Arrellano y otros y otros vs. Chile” Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). Sin desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (Fallos: 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros), las circunstancias excepcionales de esta causa, ameritan que el articulado del Código Civil y Comercial –en especial el art. 562 en cuestión- sea

analizado a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22. Y es que, el Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados Internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inc 22 del art. 75 de la Constitución Nacional. Esto fue sostenido en los precedentes jurisprudenciales referidos al control de constitucionalidad y respecto de la operatividad de los tratados internacionales. Teniendo en consideración las especiales circunstancias que rodean a esta causa y a la luz de los principios de no discriminación, de igualdad, de realidad, de tutela judicial efectiva e incluso el interés superior del niño, considera la suscripta **que el artículo 562 del CCyCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad**, como ya se dijera. En efecto, si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CC y CN es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes si quieren serlo, desde siempre, y además, son sus reales progenitores. Y es que si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable. Si los Sres. V. y M. han solicitado la intervención judicial a los fines de que quede preventivamente determinada la realidad filiatoria, es para obtener la seguridad jurídica de que, en este caso por aplicación del art. 562 del CC y CN, no se llegará a convalidar la ficción legal de tener por madre a quien lo/a/s dará a luz y nunca tuvo la voluntad procreacional que la definiera en su función materna. Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la

práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados. Registración que, desde ya adelante, deberá así realizarse en todo tipo de documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. Siendo que la voluntad procreacional de la pareja manifestada en el marco de la entrevista de fs. 92 (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrán de prestar ante la institución médica en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CC y CN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental. Como afirma reconocida doctrina “...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)”(conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; Regulación de la gestación por sustitución, La Ley, 10/09/2012, p.1) Las juristas Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras sostuvieron que: “La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA.”(“Tratado de Derecho de Familia – Tomo nº II – Rubinzal – Culzoni - Pág. 509). Que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, es lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del C.C. y C.N, cuando sostuvieron que: “el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos “N.N. o DGMB

s/Inscripción de nacimiento). -----

V) En consecuencia, corresponde avanzar en lo que es motivo de resolución, QUE ES LA HOMOLOGACION DEL PEDIDO DE MATERNIDAD POR SUSTITUCION, el que adelantando opinión **debe ser homologado y otorgarle fuerza de ley.** Fundamentos: La homologación del acuerdo que se pretende no es otra cosa que otorgarle fuerza de ley, para las partes, a una contratación privada. Bien señala la Sra. Fiscal de Familia que cuando se homologa un acuerdo de partes debe tenerse en consideración si resulta ejecutable, ante el posible incumplimiento de alguna de las partes contratantes.-Ello es así porque en el convenio acompañado en autos, en su cumplimiento, se encuentran involucrados derechos inalienables de las personas. Las partes han expresado libremente su voluntad ante el Tribunal.- Por aplicación del principio de inmediación y en el convencimiento de que un encuentro personal con todas las partes contribuyo a la convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensionamiento que tienen del procedimiento y las implicancias del mismo y sus consecuencias.- A través de un diálogo ameno y extenso se pudo conocer que la imposibilidad de gestar de la Sra. V. fue un tema dialogado ; que la voluntad de gestar de la Sra. R. L. M. se ha manifestado no solo en ocasión de la articulación de esta pretensión y que en un acto de amor supremo se ofreció como gestante que nace del deseo genuino y desinteresado de brindarle a su cuñada y hermano la posibilidad de concretar el anhelo de ser padres; advirtiéndose adecuadas condiciones psicológicas y físicas de todos los participantes para poder llevar adelante el mismo. El esposo de la gestante Sr. P. G. R. compareció a la audiencia señalada, detallaron que ya tienen 4 hijos y no tienen voluntad de volver a ser padres y que tal acto ha sido conversado y consensuado por el matrimonio. En relación a lo que es motivo de contratación, y por la particularidad de los intereses en juego y partiendo de la base que todo contrato debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y, según lo que los contratantes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión , corresponde autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud que elijan ante el que deberán prestar el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CC y CN, e inscribir luego en el Registro del

Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana, nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. R. N. L. M. , como hijo de la Sra. A. B. V. y J. E. M., puesto que con la Sra. L. M. no tiene vínculo biológico, y tampoco existe en ella una voluntad procreacional, siendo su voluntad la de llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. V. La intervención del equipo técnico del Fuero ratifica tal afirmación desde que concluye “...La Sra. M. presenta claridad en torno a la gestación por subrogación, conociendo sus límites y alcances, considerando que ella presta un órgano necesario para que el proyecto de maternidad de su cuñada se concrete. Asimismo cabe consignar que la iniciativa proviene de aquélla, en función de los profundos lazos afectivos que ella sostiene con su hermano y su cuñada y de su valoración en torno a la maternidad. En la Sra. V. aparece un fuerte anhelo de concretar su proyecto vital en torno a la maternidad, el cual es compartido y acompañado por su pareja, donde la tramitación legal previa constituye una condición necesaria para habilitarlo...”. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados. Registración que, desde ya adelante, deberá así realizarse en todo tipo de documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. La utilidad de este fallo deviene de su carácter preventivo y garantista, por la evitación de cualquier conculcación a los derechos humanos de las partes y de quien/es pudiere/n nacer. Sobre este particular nuestra jurisprudencia local afirma que: “...en ese marco de protección, los jueces revestimos el carácter de garantes de los Derechos Humanos y debemos acudir en su defensa cuando se vean sustancialmente perturbados... La declaración de inconstitucionalidad de una norma no es más que su inaplicación en el caso concreto, en que se evidencie la notoria injusticia que conllevaría el apego irrestricto al texto legal...”DRES. VALLS DE ROMANO NORRI – ROJAS. (CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 - N.A.R. Vs. R.L. S/ FILIACION - Nro. Sent: 199 Fecha Sentencia 16/04/2018).Postergar un pronunciamiento en orden a la determinación de filiación en este caso, con todas las implicancias señaladas devendría en una irresponsabilidad funcional de quienes estamos

llamados a remover todas las barreras que impidan una concreta satisfacción de todos los derechos humanos y, en especial, del interés superior del/a/s niño/a/s/ que vayan a nacer de esta TRHA de gestación por sustitución. En el marco de la entrevista de fs. 92 a la que ya aludiera (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrán de prestar ante la institución en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CCyCN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental. Como afirma reconocida doctrina "...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)"(conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; Regulación de la gestación por sustitución, La Ley, 10/09/2012, p.1) La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, es lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del C.C. y C.N, cuando sostuvieron que: "el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo" (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos "N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento). En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA –gestación por sustitución- será/n hijo/a/s del los Sres. A. B. V. y J. E. M., disponiéndose que así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. Por lo precedentemente ordenado, se deja a criterio y decisión a los mismos el orden de los apellidos con que serán inscriptos su/s hijo/a/s en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, de conformidad a lo normado por el art. 64 del CCyCN. Con igual lógica y fundamento al que justifica que el/la/los hijo/a/s sean legalmente inscripta/o/s registrada/o/s, documentada/o/s como hijo/a/s de la pareja desde el mismo instante del nacimiento, se dispone que –desde igual momento- los únicos autorizados para tomar cualquier tipo de

decisión vinculada al retiro del/a/s nacido/a/s del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento queda –una vez dada el alta médica correspondiente- a exclusiva decisión de los padres , toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizan como sus progenitores. Dicho esto, resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061). Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN).“El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta...” (cfr. CNCiv. Sala G.C.R c/ C.P.E del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970).En este caso, los peticionantes deben asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s. Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por la jurista Eleonora Lamm: “...el principio es que los niños que nacen en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tienen derecho a saber que han nacido gracias al uso de esa técnica y tienen, también, derecho a conocer la identidad de la gestante. Por esto es que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial y a cualquier otro expediente que deberá conservarse a cualquier efecto...” (cfr. Gestación por sustitución. Realidad y derecho. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, J. 2012).Es por ello que, inherente a la obligación de los progenitores de hacer conocer al/o/s niño/a/s sobre su origen gestacional de acuerdo a su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s/ niño/a/s.-----

VI) Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiende esta Magistrada que no puede soslayarse un pronunciamiento sobre la **cuestión de las licencias cuando la utilidad de este fallo radica precisamente en erigirse en un instrumento que preventivamente garantice la satisfacción de los derechos humanos de todos los involucrados, en especial del/a/s nacido/a/s por esta práctica**

médica. Como en el presente caso la calidad de gestante y madre no están reunidas en una misma persona, corresponde distinguir la que haya de asignarse si correspondiere a la Sra. L. M. en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse así también a la Sra. A. B. V. en razón de su maternidad del/a/s nacido/a/s. Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso- se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, tal como lo ordena el art. 3 de la CDN al establecer que "...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales..., una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Ahora bien, dicho mandato exige una ponderación de las singulares circunstancias de cada caso a fin de dotar de contenido real lo que habrá de constituir la satisfacción del interés superior del niño. "El/la/lo/s hijo/a/s tiene/n derecho/s a ser cuidado/a/s por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento -en este caso- puesto que ese contacto personal, directo e íntimo será fecundo a la construcción, desarrollo y fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial. "El interés superior del niño debe ser entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática que presenta cada caso" (A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION s/ CASACION, SENTENCIA 4 de octubre de 2004, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RIO NEGRO, Sala CIVIL).Siendo entonces que para el ejercicio de la función materno/paterno filial los progenitores se debe poder contar con tiempo de licencia laboral, entiendo que corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/por parte de la Sra. V.. Con respecto a la gestante Sra. M. y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso ya se dijera que no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que rige en cada caso .A los efectos aquí establecidos, los interesados deberán informar tempestivamente a sus respectivos empleadores, de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que los

rige en cada caso. -----

VII) Costas: Atento la naturaleza de lo peticionado, las costas se imponen por el orden causado. No regular honorarios al Abogado N. E. G., a contrario sensu de lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario. Por todo lo expuesto, **RESUELVO: 1) AUTORIZAR** a los Sres. A. B. V. DNI y J. E. M. DNI, como comitentes y a la Sra. R. N. L. M. DNI, como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante la el Instituto médico que corresponda. **HÁGASE SABER** que el consentimiento deberá efectuarse en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del CCyCN. **2) DECLARAR** la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo considerado. Por lo tanto, **DEJAR DETERMINADO** que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto I de esta resolución será/n hijo/a/s de la Sra. A. B. V., debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, **HÁGASE SABER** a la institución que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera. **3) DISPONER** que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. A. B. V. DNI y al Sr. J. E. M. DNI. Asimismo, se dispone que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCyCN. Sin perjuicio de ello, a tenor del art. 64 del CCyCN, **HÁGASE SABER** que el orden de los apellidos con el que el/a/s niño/a/s haya/n de ser inscripto/a/s quedará a elección de sus padres. **4) ORDENAR** que los únicos autorizados al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento – y alta médica mediante- serán sus progenitores, Sres. V. y M. **5) DEJAR ESTABLECIDO**, con relación a las licencias laborales, que la pareja habrá de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el

mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que la Sra. R. N. L. M. habrá de gozarlas –en su carácter de gestante- por el período anterior y posterior al parto. Todo de conformidad a lo considerando VII) de la presente resolución. **6)** Hacer un llamado a la Necesidad de *acudir a la vía judicial evitando practicas fuera de la ley*, tal como lo sostiene la Fiscal en su dictamen: *“Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento”*. Por sobre todo, se debe destacar que en el presente caso, aún pudiendo realizar la práctica médica sin autorización judicial, los impetrantes eligieron hacerlo. Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Otorgar una respuesta al presente entiendo resulta digno de tutela jurídica efectiva. **7)** Imponer las costas por el orden causado. **8)** No regular honorarios al abogado N. E. G. Protocolícese, hágase saber y dese copia.