

DATOS DE LA CAUSA

Sede: La Carlota.

Dependencia: Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Primera Nominación, Secretaría n.º 2.

Autos: "A., A. A. y otros - Autorizaciones".

Resolución: Sentencia n.º 34.

Fecha: 19/5/2020.

Juez: Rubén Alberto Muñoz.

<http://jurisprudenciacba.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php>

SÍNTESIS DE LA CAUSA

Una pareja de convivientes "comitentes" y "la gestante" –prima de uno de ellos-, solicitaron autorización judicial para la realización de la técnica médica de reproducción humana asistida (TRHA) de gestación por sustitución a partir de la aportación de gametos por parte de la pareja formada por los comparecientes y el aporte gestacional de la mujer portadora. Asimismo, solicitaron que se determine preventivamente que la filiación del/a niño/a por nacer corresponda a los convivientes. El juez de primera instancia hizo lugar a la petición petición y declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC, en este caso concreto de gestación por sustitución.

SUMARIO:

PERSPECTIVA DE GÉNERO. Concepto. Diferencia entre sexo y género.

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), 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. Se entiende como "género" al conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos, es decir, es una construcción social.

Sentencia n.º 34.

LA CARLOTA, 19/05/2020. Y VISTOS: estos autos caratulados A., A. A. Y OTROS AUTORIZACIONES, traídos a despacho a los fines de resolver, de los que resulta que comparecen la Sra. A.A.A., DN xxx, argentina, mayor de edad; el Sr. V.H.C, DNI xxx, argentino, mayor de edad, ambos convivientes; y la Sra. F.L.B., DNI xxx, argentina, mayor de edad, todos domiciliados en la ciudad de La Carlota y con el patrocinio de la Dra. M.I.B. (ff. 19/26), y solicitan la autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción humana asistida (T.R.H.A) de gestación por sustitución a partir de la aportación de gametos por parte de la pareja conviviente formada por los comparecientes A.A.A. y V.H.C. y el aporte gestacional de la mujer portadora F.L.B. Asimismo, solicitan que se determinen preventivamente que la filiación del/a niño/a a nacer corresponda a los convivientes A-C. Cuentan que la pareja conformada por la Sra. A.A.A. y V.H.C inicio su relación afectiva y de convivencia en el año dos mil catorce, que ambos son empleados en relación de dependencia (policía de la provincia de Córdoba y A.G.D., respectivamente). Relatan que la Sra. A.A.A. tiene un hijo producto de un matrimonio anterior de nombre T.A.F. y previo a su nacimiento la progenitora cursó dos embarazos frustrados, en tanto que este niño nació en forma prematura en la semana 30 de gestación y con un peso de 1,700 kg., debiendo permanecer en incubadora por un

mes. Que antes del nacimiento de su hijo, A.A.A. cursó dos embarazos frustrados por pérdidas gestacionales en las semanas veinte y veinticuatro. Que luego padeció de un cuadro de sepsis que derivó en una histerectomía abdominal total el día 16/11/2011, conforme historia clínica y certificados médicos que acompaña. Refieren que a partir de la extracción de su útero perdió toda posibilidad de gestar otro bebé. Que luego de su divorcio con el padre de su único hijo, conoce a V.H.C. y en el año 2015 iniciaron la convivencia. Expresan que el Sr. V.H.C. no tiene hijos por lo cual ambos sueñan con poder lograr su deseo de maternidad/paternidad, siendo la única vía posible: la maternidad subrogada. Afirman que ante tal situación la Sra. F.L.B., prima de la Sra. A se ofreció a ayudarlos como mujer gestante, que existe una relación de familia, son primas y a su vez las une un lazo emocional fuerte y de amor incondicional entre ambas mujeres. Añaden que luego de consultas en el Instituto Médico Halitus de la ciudad de Buenos Aires y diversos centros de reproducción asistida en Córdoba, indicándoles la necesidad de practicar una serie de estudios médicos previos y ante la falta de legislación al respecto, deben contar con autorización judicial previa. Concretamente requieren que ante la laguna normativa existente en la materia y la consiguiente inseguridad jurídica para la filiación del niño/a por nacer, se autorice la técnica de reproducción humana médica asistida, llamada gestación por sustitución, con gametos de la pareja conformada por A.A.A. y V.H.C. determinado en el caso de lograr el embarazo que la filiación del/a niño/a por nacer de dicha técnica recaerá sobre los nombrados por ser quienes poseen voluntad procreacional de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 558, 562 y concordantes del Código Civil y Comercial y demás legislación vigente en materia de Derechos Humanos. Explican que la gestación por subrogación no se ha producido, ni tampoco el nacimiento del/a niño/a, que recurren a esta autorización previa que exigen los Centros Médicos atento a que se trata de una práctica no receptada por la normativa vigente y excluida de la cobertura médica de APROSS por Resolución 0178/09, para poner en marcha el mecanismo necesario a tales fines. Aditan que ante la imposibilidad biológica de gestar de A.A.A., tras la cirugía de histerectomía, y ante la imposibilidad de la pareja, de gestar por ausencia de útero, la gestación por otra mujer, en éste caso su prima F., resulta ser la única TRHA idónea para ejercer su derecho fundamental a formar una familia y ejercer una maternidad y paternidad responsable y en iguales condiciones que los demás. Destacan, que F. quien está dispuesta a asumir el rol de “mujer gestante”, es una mujer mayor, que goza plenamente de sus capacidades intelectuales, y que su decisión de ayudar a A. y V. fue tomada de forma libre, habiendo sido informada en forma plena, que cuenta con asesoramiento legal y que presta su consentimiento conociendo los inconveniente o los riesgos a los cuales podrían enfrentarse con el procedimiento. Sostienen que el único sentimiento que mueve a F. es “altruista”, el amor incondicional que siente por su prima A, el haberla acompañado en su difícil embarazo anterior, en el nacimiento de T. de forma prematura, en la pérdida de los embarazos anteriores y luego en su cirugía de histerectomía derivada de una sepsis. En definitiva, F. pide ejercer el derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción del deseo filial de A. y V. Afirman que no hay en F. voluntad procreacional. Legislación aplicable en la materia Jurisprudencia en materia de gestación subrogada. Respecto a este punto, manifiestan que el art. 562 del CCCN determina que para el caso de los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Alegan que dicha norma se aplica cuando la misma mujer que está realizando el tratamiento de Reproducción Humana Asistida gesta su propio bebé y lo da a luz, pero no es aplicable en forma textual a los casos de gestación por sustitución porque no reconoce la voluntad de la madre procreacional. Consideran que para el caso de autos si se aplicara dicha norma, la filiación del futuro bebé debería atribuirse a F.L.B. como madre gestante y a V.H.C. como padre procreacional y no a A.A.A., aunque sea ésta quien aporte los gametos femeninos. Concluye que para el caso de autos, el art. 562 del C.C.C.N se vuelve inconstitucional e inaplicable, debido a que nos respetaría el derecho de identidad del menor de edad. Como consecuencia, finalmente piden se determine

preventivamente la filiación del niño/a que nazca de la técnica gestacional, disponiendo que se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la anotación a nombre de los padres con voluntad procreacional, Sres. A.A.A y V.H.C, evitando de tal modo que la futura filiación quede determinada sobre las reglas de la filiación por naturaleza. Citan jurisprudencia. Ofrecen prueba. Definición de la práctica médica de gestación por subrogación: La práctica de fertilización asistida de “gestación por subrogación” ha sido definida de varias maneras: alquiler de vientres, maternidad subrogada, maternidad por encargo, gestación por cuenta de otro. En todos los caso está presente el factor de “subrogación”, entendida como reemplazo, poner una persona en lugar de otra, en este caso la mujer que gesta reemplaza a otra persona que no puede o no quiere gestar. La gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura compleja, que en alguna de sus modalidades, como resulta en el caso, pone en crisis al principio de “mater Semper certa est” que consagra la atribución de maternidad por el hecho del parto, desde que la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y trabajo de parto. La técnica bajo análisis es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno.

El tribunal, admite la demanda y le otorga trámite de juicio abreviado con intervención del Ministerio Público Fiscal (f. 30). En su oportunidad se ordena dar intervención al Ministerio de Niñez y adolescencia, en representación de los menores E.B y T.B., hijos de F.L.B (madre gestante) (f. 54). Toma participación en la causa el Dr. Mauro Dince Riba como Asesor de Niñez y Juventud (f. 55). Posteriormente, al momento de evacuar su traslado, el Representante del Ministerio de Niñez y adolescencia de la Sede, asume la representación y defensa de la “persona por nacer” (ff.99/104). Más tarde, el tribunal ordena diligenciar la prueba ofrecida en el plazo de quince días (f. 61). Obra en autos aquella prueba que ha sido debidamente diligenciada, esto es la documental acompañada y el Informe Interdisciplinario agregado por el Equipo Técnico de la Sede (ff. 81/84). Con fecha dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve (f. 92), la actuario certifica que el titular del tribunal, en presencia del titular de la Asesoría Letrada mantuvo una entrevista personal con la Sra. A. A. A. y el Sr. V. H. C. y su asistente técnico Dra. M.I.B. (f. 92). Al día siguiente, la actuario certifica también que el titular del tribunal, en presencia del titular de la Asesoría Letrada, mantuvo una entrevista personal con la Sra. F.L. B. y su asistente técnico Dra. M.I.B. (f. 93). Finalmente, se ordena correr traslado a los Representantes del Ministerio Fiscal y del Ministerio de Niñez y Adolescencia (f. 95), quienes lo evacuan en tiempo y forma (a ff. 96/98 y ff.99/104 respectivamente). Dictado, firme y consentido el proveído de autos (f. 107), queda la causa en estado de ser resuelta. Y CONSIDERANDO: I) Que comparecen la Sra. A.A.A., DNI, argentina, mayor de edad; el Sr. V.H.C, DNI, argentino, mayor de edad, ambos convivientes; y la Sra. F.L.B., DNI, argentina, mayor de edad, todos domiciliados en la ciudad de La Carlota y con el patrocinio de la Dra. M. I.B. (ff. 19/26), y solicitan la autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción humana asistida (T.R.H.A) de gestación por sustitución a partir de la aportación de gametos por parte de la pareja conviviente formada por los comparecientes A.A.A. y V.H.C. y el aporte gestacional de la mujer portadora F.L.B. Asimismo, solicitan que se determinen preventivamente que la filiación del/a niño/a a nacer corresponda a los convivientes A-C. Cuentan que la pareja conformada por la Sra. A.A.A. y V.H.C inicio su relación afectiva y de convivencia en el año dos mil catorce, que ambos son empleados en relación de dependencia (policía de la provincia de Córdoba y A.G.D., respectivamente). Todo ello, de conformidad a los argumentos de hecho y de derecho que exponen en el escrito inicial, expuestos en los vistos que anteceden, y a los que corresponde remitir “brevitatis causae”.

II) Que, así planteada la cuestión, corresponde ahora al tribunal analizar y valorar los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos por los solicitantes, así como los elementos de convicción arrojados al proceso, a fin de determinar sobre la procedencia o no de la petición formulada. Sin perjuicio de ello, siendo metodología de este tribunal,

se adelanta criterio al decidir que debe hacerse lugar a la misma, en la forma y con el alcance que ut infra se describe. Las razones.

Primero. Perspectiva de Género. 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 consagran. 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 "inscriptos" 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. Se reitera, género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos, es decir, es una construcción social, más aun en este caso donde se trata del derecho de una mujer a ser madre (comitente) y otra a gestarlo, (gestante) y junto a ello el derecho a la autonomía personal, a que se respete la vida privada y familiar, a fundar una familia, a procrear, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso de la ciencia, a acceder a las TRHA y el derecho a la no discriminación, todos derechos incorporados por nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional). Ahora bien, analizando el caso de autos propiamente dicho, tenemos: 1) Que el pedido autorización para efectuar tratamiento de fertilización asistida por subrogación de vientre y determinación de la filiación en forma preventiva del niño/a solicitada por los conviviente A.A.A y V.H.C y la madre gestante Sra. F.L.B. (prima de A.A.A.) el material genético es aportado por los miembros de la pareja conviviente y el embrión resultante es implantado en el útero de la Sra. F., quien llevará adelante el embarazo. Que en caso que se produzca el nacimiento del niño/niña, peticionan sea considerado hijo del matrimonio y no de 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”. Que para expedirse acerca del pedido de autorización a los fines de efectuar el tratamiento de fertilización asistida por subrogación de vientre, la determinación preventiva del niño/a a nacer y la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C.C.N, se tomará en consideración: el Informe Interdisciplinario del Equipo Técnico de esta sede judicial y la opinión del los Representante del Ministerio Fiscal y Ministerio de Niñez y adolescencia.

Segundo. El pedido de autorización para efectuar el tratamiento de fertilización asistida por subrogación de vientre. Al Entrar al análisis de la primera cuestión, se debe ponderar que en el caso traído a resolución, la Sra. A.A.A no puede llevar adelante un embarazo ya que debió ser intervenida quirúrgicamente y se le extrajo el útero por medio de una “Histerectomía con AP de corioamnionitis en embarazo con aborto”. Ello a consecuencia de un “shock hipovolémico y trastornos de coagulación”. Este extremo surge de la copia de la historia clínica incorporada (ff.31/46) en especial del informe suscripto por el Dr. J.G. (Jefe de terapia intensiva del Neoclínica Clínica y maternidad- de la ciudad de Río Cuarto) (f. 45). Luego, se incorpora informe de la Dra. L.C. (ginecóloga y obstetra) (f. 87), en el cual expone: “con respecto a los antecedentes gineco obstétricos de la Sra. A.A.A., la paciente cursó cuatro gestaciones con dos partos inmaduros y dos cesáreas, que detallo a continuación: -Año 2002: partos inmaduro de 20 semanas de gestación. Feto muerto. Año 2004: parto inmaduro de 24 semanas de gestación. Feto muerto. Año 2008: parto por cesárea de 30 semanas de gestación. Recién nacido vivo. Año 2011: parto Pre termino por cesárea de 26 semanas de gestación. Internación el día. Internación prolongada. Se decide cesárea por signos de infección, feto muerto, no pudiendo controlar infección, con diagnóstico de endomiometritis se realiza histerectomía subtotal y se diagnostica complicación cardíaca, endocarditis bacteriana, por complicaciones infecciosas obstétrica. Por lo cual tiene una internación y post operatorio prolongado.” Además, la Sra. F.L.B (madre gestante), de las constancias de autos surge que ha sido madre de dos niños, E.B. (f.51) y T.B (f. 52). Respecto a ésta situación, y con el propósito de que derechos de éstos dos menores (E y T) no se vulneren, el Representante del Ministerio de Niñez y Adolescencia, Dr. Dince Riba, al momento de evacuar su traslado, expresa: “Conforme la intervención otorgada como Representante Complementario de los niños E.B. y T.B., este Ministerio de Niñez considera que a lo largo del presente proceso no se han conculcado sus derechos, los cuales han sido debidamente velados por su madre, y si bien es cierto que el tratamiento que pretenden realizar los adultos de autos, puede en cierto modo alterar la cotidianeidad de estos niños, no son ellos a quienes se dirigen las medidas que se tomen, ni las consecuencias de sus resultados los afectarán más allá de la relación habitual que tienen con su madre F. B., respecto de quien no se vislumbra de las constancias de autos, que no ejerza responsablemente su maternidad y vele por los intereses de sus hijos. En esa dirección el Informe Interdisciplinario recabado en autos ilustra que la Sra. B. valora conveniente informar a sus hijos del tratamiento a iniciar cuando efectivamente dé comienzo al mismo, en una clara muestra de no alterar con información innecesaria y de forma prematura a sus hijos y que concienzudamente evalúa la conveniencia de la noticia, contando con capacidad reflexiva y comunicativa sobre las implicancias que este procedimiento podría conllevar para consigo misma y su entorno familiar, así como el impacto para con sus hijos, contando en dicho tránsito con una red de apoyo y contención tanto familiar como profesional. Ya en su Preámbulo, la Convención Sobre los Derechos del Niño alude al reconocimiento de la dignidad del niño como persona y a su derecho a crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (párrs. 2º y 7º) y no parece haber dudas, S.S., que esa es la situación actual de estos hermanos. Consecuentemente y teniendo en cuenta que la intervención estatal es supletoria de la responsabilidad parental, ya que los habilitados natural y legalmente para el cuidado de los niños son sus padres y vislumbrando que en esta causa, de hecho y objetivamente esos cuidados son eficazmente brindados por su madre, no puede observarse ningún elemento que coloque a futuro a estos niños en una situación de vulnerabilidad, ni durante el tratamiento a que se someterá la progenitora ni tampoco

posteriormente. Ocurre que el Estado interviene excepcional y puntualmente; no puede ir más allá para no tener, conforme lo previsto en el art. 16 de la Convención Sobre los Derechos del Niño una "injerencia arbitraria e ilegal en la vida privada o en la familia de un niño"; y al concluir dicho Ministerio, sentencia: "En definitiva, el Interés Superior del Niño es el criterio a merituar en el momento de resolver la situación jurídica de menor de edad, siendo el "norte" del accionar judicial a la hora de desentrañarse en un caso concreto, debiendo estar apoyado en un material probatorio que lo sustente, y considerando que lo que debe prevalecer son los intereses de estos hermanos, los que se hallan correctamente protegidos, no existiendo perjuicio alguno a sus derechos y por lo cual la intervención estatal es siempre supletoria, para afianzar y no para suplantar los vínculos naturales entre padres e hijos, es que este Ministerio de Niñez, estimando que el proceso que nos ocupa se ha desarrollado conforme a derecho y no habiéndose afectado los intereses y garantías de los menores de edad involucrados, nada tiene que cuestionar a lo actuado en obrados respecto de los niños E.B. y T.B."

También se incorpora en autos el Informe Psicosocial de carácter Interdisciplinario suscripto por la Psicóloga Lic. L. D. y la Lic. en Trabajo Social V. D. (ff. 81/84), integrantes del Equipo Técnico de ésta Sede Judicial, llevado a cabo sobre los grupos familiares integrados por los convivientes, Sres. A.A.A. y V.H.C. y la Sra. F.L.B. (madre gestante) y sus hijos. Aportan que entre las reseñas sociales y características personales y familiares del ambas partes destacan que "A. y F. son primas y las únicas mujeres de esa generación en la línea familiar; describen su relación como 'casi hermanas' ... Ambos grupos, cuentan con una extensa red de apoyo familiar constituida principalmente por sus padres y hermanos... A. se encuentra acompañada por un profesional psicólogo en todo este proceso... T. (hijo de A.), recientemente ha sido informado de la decisión de la pareja y su tía, para gestar a su hermano, lo que lo ha colocado en una situación de mucha ansiedad. En el caso de los niños de F., aún no se los ha informado al respecto, valorando su madre como conveniente hacerlo cuando comience con el tratamiento. A. refiere que ya han estado observando material audiovisual adaptado a la edad de los niños para explicarles sobre la maternidad subrogada de un modo que puedan entenderlo. Características Psicológicas: La Sra. A.A.A.... presentó un psiquismo lúcido, se encontraban auto y alopsíquicamente orientada... Las funciones ejecutivas son eficientes, puede planificar, organizar y elaborar proyectos adecuados a la realidad ... Al momento del presente estudio no surgen en A. indicadores de psicopatologías severas en curso ... El Sr. V.H.C ... se encontraba lúcido, eutímico, orientado en tiempo y espacio y respecto a la situación que lo convoca ... Las funciones son eficientes, puede planificar, organizar y elaborar proyectos adecuados a la realidad ... No presenta indicadores que configuren trastorno grave en el control de sus impulsos al momento del examen ... La Sra. F.B ... se mostró colaboradora, con ansiedad elevada, su psiquismo lúcido, orientada temporoespacialmente y respecto de la situación que la convoca ... Posee un nivel y potencial intelectual acorde al media ... no se observaron en F, indicadores de psicopatologías severas en curso ni de dificultades en la regulación y control de los impulsos ... En relación a su ofrecimiento de vientre subrogado para una gestación se la valora libre, con capacidad de discernimiento y con facultad para valorar la información necesaria y de manera adecuada para tal decisión. CONCLUSIONES: Al momento de las presentes actuaciones, las profesionales intervinientes pueden inferir que queda clara la voluntad procreacional de la pareja C.-A. de poder ser padres de un hijo en común ... construyeron una familia de características reconstituida, cohabitando con el niño T. F., hijo de A. de su matrimonio anterior, conociendo lo que implica el ejercicio de la responsabilidad parental por esta vivencia cotidiana, han realizado desde el inicio de la relación un proceso y recorrido en torno a la paternidad maternidad; y ante la imposibilidad de A de gestar un hijo en común ... se han abierto a la posibilidad de buscar nuevas alternativas y estrategias para concretar su deseo de ser padres ... A este deseo ... se suma la voluntad y decisión libre de la Sra. F.B. de ofrecer su vientre para gestar al niño/a de la pareja, con un discurso en el que se infiere altruismo como fuente de su decisión, altruismo en el sentido de la comprensión de la situación de su prima, empatizando con la misma y ofreciéndose como medio para concretar el proyecto

familiar de la pareja. Si bien se observa en F.B cierta idealización en relación al procedimiento, cuenta con capacidad reflexiva y comunicativa sobre las implicancias que el mismo podría conllevar para consigo misma y su entorno familiar... el impacto para con sus hijos, logra incorporar en lo discursivo el reconocimiento de situaciones no previstas que pudieran afectarla. Tanto la pareja como F. cuentan con una red de apoyo y contención, no solo de parte de sus familiares sino también de profesionales ... No se observa ... en la Sra. F.B., expresiones de sentimientos materno filiales respecto del niño/a que se ofrece gestar, sino una disociación al respecto. Existe una clara voluntad de limitar su ayuda a la gestación. La Sra. F.B, quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo... accede a cumplir el rol de gestante en la práctica en cuestión. Esta decisión tomada ha sido arribada con absoluta libertad y en pleno uso de sus facultades”.

A) En este punto es posible referir que la denominada “gestación por sustitución” 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 de terceros y que se ha producido por algunas de estas técnicas que necesariamente serán de alta complejidad. Así, se peticiona que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la 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, AbeledoPerrot, 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).

B) Como consecuencia de lo referido, este tribunal estima 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 C.C. y C.N. 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.

C) 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 se debe recalcar que tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. Por ello, el tribunal debe preguntarse 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, resulta considerable inclinarse 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 alegalidad”; AP/DOC/179/2017).

D) Sin embargo, no cualquier pedido en este sentido debe ser otorgado, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados: los comitentes, la gestante y el niño/niña por nacer.

A saber: 1) El primer requisito que se estima pertinente para su legalidad es acudir a la vía judicial a los efectos que desde este poder del Estado se realice el adecuado control de la forma gestacional elegida. En tiempos en donde el vacío legal se impone, debe ser el examen jurisdiccional quien resuelva sobre la factibilidad de la práctica y lo relativo a sus consecuencias y efectos. Desde esta perspectiva debemos analizar una serie de derechos humanos de los peticionantes: 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, y receptado ampliamente por nuestra jurisprudencia, por ej. “Juzg. Flia N° 7, Lomas de Zamora (BsAs), 30/11/2016 (Sentencia firme), B.J.D. y otros s/ materia a categorizar (227), el dial.express, 28.12.2016, Año XVIII, N°4635.” 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 Código Civil y Comercial de la Nación 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).

2) En segundo lugar se entiende que debe tenerse una especial consideración en relación a la gestante, debiendo corroborarse que su voluntad 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/a niño/a por nacer y que no aporte el material genético, para así evitar que además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica, situación que se analizará luego, en oportunidad de tratar la constitucionalidad del art. 562 del C.C.C.N.

3) En tercer lugar y 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).

También aquí, deberemos valorar una serie de derechos fundamentales, a saber, y continuando con la numeración:

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 al decir que en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el estado pueda realizar intervenciones que impliquen 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 otro lado, 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 1ª Instancia en lo Civil n° 86 de fecha 18/06/2013).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 n° 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 Cód. Proc. Civ. y Comercial) (419) Lomas de Zamora, 30/12/2015).

h) Derecho a la no discriminación. La singularidad de las circunstancias que llevan a los peticionantes a articular esta acción permiten concluir al tribunal 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 esta pareja 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 llevar al plano de la concreción todos los derechos que titularizan es la gestación por sustitución. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, observó que "la decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar[, y ...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja". Señaló que "la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia". Consideró que "la utilización de la [FIV] para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico". Así, en "el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad". Además, "la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico". Este Tribunal internacional, expone que, "La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, y que, en el marco del derecho a la integridad personal, se ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas ante la imposibilidad de ser madre o padre en el sentido genético o biológico". Concluye que, "el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud

reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”.

E) Así las cosas, se reitera que 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. De esta forma, hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, las personas involucradas permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Es más, debe advertirse que ese limbo mantiene al niño o niña, en el mejor de los casos, en una situación de alegalidad, cuando no de inexistencia legal, anulándolo deliberadamente en su condición de sujeto de derecho” (Cfr.: De Lorenzi, Mariana A.; Cappella, Lorena S; “Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor”, comentario al fallo del Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora - 2015-12-30 - H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC; Juzgado de Familia n° 9, Bariloche - 2015-12-29; RDF 2016-IV-136).

F) Al verificar entonces si en el caso de autos se presentan los requisitos antes referidos, se llega a una respuesta afirmativa en base al siguiente análisis: 1) 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. 2) Con respecto a la situación de la gestante, el informe elaborado por el Equipo Interdisciplinario de esta Sede Judicial, las profesionales actuantes, dan cuenta de su pleno, cabal y desinteresado apoyo a la realización de ésta práctica que favorecerá a pareja formada por su prima A. y conviviente, Sr. V.H.C. La profesionales advierten: “la voluntad libre de la Sra. F.B. de ofrecer su vientre para gestar al niño/a de la pareja, con un discurso en que se infiere altruismo, como fuente de su decisión, altruismo en el sentido de la comprensión de la situación de su prima, empatizando con la misma y ofreciéndose como medio para concretar el proyecto familiar.” Ello da muestras claras de las razones por las que asume este rol y función. Su capacidad de comprensión de las distintas aristas que la cuestión plantea han sido elaboradas por ella de manera individual. En este sentido señalan que “F, cuenta con capacidad reflexiva y comunicativa sobre las implicancias que el mismo podría conllevar para consigo misma y su entorno familiar, el impacto con sus hijos, logra incorporar en el discursivo el reconocimiento de situaciones no prevista que pudieran afectarla” Además concluyen que: “no se observan en la Sra. B expresiones de sentimientos materno filiales respecto al niño/a que se ofrece gestar, sino una disociación al respecto. Existe una clara voluntad de limitar su ayuda a la gestación”. En el caso también queda desvirtuada cualquier transacción de índole pecuniaria, que mucho preocupa a algunos autores ya que quedó demostrado el vínculo de parentesco por naturaleza que une a ambas mujeres y la falta de cualquier transacción de tipo comercial. Por otro costado, F.B. , quien está dispuesta a asumir el rol de “mujer gestante”, es una mujer mayor , que goza plenamente de sus capacidades y pide ejercer su derecho constitucional a “disponer de su cuerpo”, en miras de satisfacer el deseo filial de su prima A. y su pareja V. No hay en ella voluntad procreacional, y es la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien ha aceptado y asumido los postulados feministas del derecho en relación al cuerpo, en cuanto argumenta: “esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde

1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional”, exponen que “La libertad de las mujeres, como puede ser la libertad de elección respecto a la reproducción, comporta mucho más que el aspecto negativo de la libertad porque si bien ésta es necesaria al cualificar la acción, la libertad positiva cualifica a la voluntad, ya que aunque es verdad que las mujeres tuvieron a lo largo de la historia graves impedimentos para actuar, más grave aún fueron los impedimentos que encontraron para formar una voluntad libre: por eso no es suficiente la libertad entendida como puramente negativa o de no-interferencia. En cambio la idea de libertad entendida como autonomía de un sujeto moral, consiente una justificación más eficaz sobre la libertad de elección de la mujer en materia de reproducción. Para obtener la libertad que le permita a la mujer realizarse como persona, como sujeto moral y como ciudadana, es necesaria la libertad positiva o la libertad de no-dominación, la cual explicaría por qué no es suficiente la libertad negativa para asegurar el pleno goce de los derechos de las mujeres.”, (El derecho a decidir sobre el propio cuerpo. Dra. María Paula Casanova - Publicado por Diario El Derecho, 23-4-2012.).

Se debe señalar también que al considerar que “la maternidad sustituta” es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, luego no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el/la niño/a que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los progenitores logran acceder a la maternidad/paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo/a y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas. Aquí se encuentra el punto cardinal a seguir: la tutela efectiva de los derechos de A.A.A. y de V.H.C., quienes necesitan, desean, quieren desarrollar su proyecto de familia. Pero también se encuentra involucrado el derecho de F.L.B., a que su voluntad de prestar su ayuda altruista sea necesariamente considerada. En una confrontación de derecho, este tribunal no duda en inclinarse por el reconocimiento del o de los mismos, en base al principio “pro homine” presente en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte de nuestro sistema constitucional (Art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 5° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 5° Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; entre otros). Esa regla hermenéutica obliga a realizar una interpretación del caso que habilite la realización efectiva y concreta de derechos, salvo que existan otros que se encuentren comprometidos. Y tal como se analizó, al compartir la opinión del Representante del Ministerio de Niñez y Adolescencia, con respecto a los derechos de los menores E.B. y T.B. hijos de F.B. (madre gestante), es posible concluir que en el presente supuesto no existen, ni estos, ni otros derechos vulnerados, que permitan la limitación de los que aquí se encuentra en juego. Por tal motivo estimo pertinente autorizar la práctica. Esta reflexión no sólo debe estar destinada a nosotros los jueces que resolvemos, sino también a todos los involucrados en un proceso de reconocimiento de protección de derechos.

3) En relación a la voluntad procreacional, también se encuentra presente en el caso. De manera prístina A.A.A. y V.H.C., son quienes tienen esa voluntad de ser progenitores. Así lo expresaron de manera concreta en el pedido que enerva esta actuación jurisdiccional. A ello se suma que también en este supuesto son ellos quienes tendrán vínculo biológico, ya que como se analizara anteriormente, el material genético a utilizar será propio de la pareja de convivientes. Así, esa voluntad procreacional, sumada al vínculo biológico se constituye como fuente de la filiación.

Tercero. Del pedido de declaración de inconstitucionalidad. A los fines de dilucidar acerca de la constitucionalidad o no del art. 562 del CCCN, como lo expresado con anterioridad, se tomará en consideración lo opinado por la Representante del Ministerio Público Fiscal

y el Representante del Ministerio de Niñez y Adolescencia, respecto a su veredicto acerca de la filiación del niño/a/s.

La Dra. Georgina Osella, representante del Ministerio Fiscal destaca que: “Si bien la gestación por sustitución no está regulada, ella no ha sido prohibida, por lo cual corresponde aplicar el principio de legalidad (art. 19 CN) y concluir que cuenta con recepción implícita en el C.C. y C.N. A más de ello y en base al pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN planteado por las partes, el 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 consentimiento previo, informado y libre en los términos del art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya prestado los gametos”; a de tenerse en cuenta la normativa convencional incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional y la jurisprudencia aplicada al caso a estudio”. Continúa haciendo referencia al “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, para concluir que: “debe admitirse la impugnación de maternidad al visualizarse primeramente, que los involucrados tuvieron como norte el interés superior del niño/a. En segundo lugar, que la gestante muestra plena capacidad, no recibirá dinero, posee buena salud física y psíquica, es suficientemente informada sobre la situación que libremente acepta, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos. A consecuencia, el art.562 del CCyC resulta inconstitucional por violación al principio de igualdad ante la ley, atento impedir que el proceso gestacional incluido en la categoría TRHA, F.B, culmine de resultar exitoso, con la atribución del carácter de progenitores de los Sres. A./C. De lo contrario, se podría verse vulnerado el derecho a la identidad del niño por nacer, si su posterior inscripción no se compadezca con la voluntad procreacional.”. A su turno, el Representante del Ministerio de Niñez y Adolescencia Dr. Mauro Dince Riba, en representación y defensa de la persona por nacer (art. 24 y 103 inc. a del C.C. y C.N.), expresa: “En dirección a la solución que se busca deben consignarse temas que hacen a las relaciones de familia, y en lo que sí nos concierne, debe propugnarse que el fallo que se dicte ponga especial énfasis en el interés superior del niño/a por nacer, en una interpretación integradora de los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución Nacional y Convenciones Internacionales. Atento la pretensión de los comparecientes en cuanto a que se determine preventivamente la filiación del niño/a que nazca de la técnica gestacional, disponiendo que se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la anotación a nombre de los padres con voluntad procreacional, Sres. A.A.A. y V.H.C, habrá de considerarse que en materia filiatoria se resalta la necesidad de respetar y efectivizar el derecho a vivir en familia , en sus diversos modos convencionalmente reconocidos y constitucionalmente receptados, con fallos que como norte recepten claramente el derecho a la identidad. En situaciones de Técnicas de Reproducción Humana Asistida... se admite el emplazamiento filial de quienes manifiestan la voluntad procreacional a través de distintos planteos: anteriores (homologación de acuerdos), durante la gestación (manifestación de la voluntad de la gestante y consentimiento informado de los progenitores), o posteriores a la gestación (impugnación de la maternidad de la gestante)... Se tiene en cuenta el interés superior del niño, su derecho a la identidad y la necesidad de preservar los datos de origen biológico” (Derecho de las Familias-Compendio Jurisprudencial” Directores Nora Lloveras - Olga Orlandi Fabián Faraoni; pg. 20/21, Ed. Mediterránea) . Es así que de la ilustración que nos muestra el Informe Interdisciplinario practicado en la causa surge claramente la voluntad procreacional de la pareja integrada por V.C. y A.A. de poder ser padres de un hijo en común, conociendo lo que implica el ejercicio de la responsabilidad parental, en tanto se observa en Sra. F.B. su única voluntad de ofrecer su vientre para gestar al niño/a de la pareja”... Entiende que, “La familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia y esa

familia será la que muestra precisamente la “voluntad procreacional” como elemento dirimente para resolver la cuestión bajo análisis, que no es otra cosa que la representación de la voluntad de los progenitores de querer al niño por nacer, como hijo, para criarlo y educarlo en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, asumiendo los derechos y obligaciones derivados de la relación parento-filial”... Agrega que: “Si con ello no alcanzara para resolver la cuestión, también habrá de acudir nuevamente al Interés Superior del Niño, considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en Convención sobre los Derechos del Niño, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Reza el Artículo 3. 1 de la citada Convención que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”, mientras que en su Artículo 7. 1. dispone que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”. Cita, el Representante del Ministerio Público, lo que la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado “... los tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés superior, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (conf. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa n° 7537”, Fallos:331:2691)” y que “en el caso que nos ocupa no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación del niño por nacer respecto de quienes han mostrado a lo largo de la causa una clara voluntad procreacional y que el uso del vientre de la Sra. B., quien claramente no muestra dicha voluntad, está limitado por el interés de la persona por nacer y su no vulneración, contando todo el tratamiento con el consentimiento libre de los adultos.”... Finalmente concluye al decir que: “este Ministerio de Niñez actuando en defensa de los derechos de la “Persona por Nacer” considera viable que, a partir del nacimiento del niño/a -del que me permito decir que con todo deseo, fervor y esperanza, quien suscribe espera que ocurra exitosamente-, se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas su inscripción como hijo de los Señores V.H.C. y A.A.A. Además de lo expuesto es criterio de este Ministerio de Niñez, que como consecuencia de ese derecho a la identidad íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad de la persona por nacer, y al derecho de toda persona de conocer su origen, se ordene a los padres a informar a su hijo su origen gestacional cuando éste tenga edad o madurez suficiente para comprenderlo”. Al entrar al análisis de la cuestión planteada y en relación a este aspecto, el tribunal debe realizar los siguientes interrogantes: ¿Resulta 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. 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 se entiende que es pertinente declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Las 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 legislativas 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.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), y 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. 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 fue 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 Código Civil y Comercial de la Nación 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). Ahora, ingresando en el tema de la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C.C.N.: 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. 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 escrito inicial, 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 12/03/2002). 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. 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, se estima 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 habilita 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 este tribunal, este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. Es que si bien en la especie, la particularidad estriba en que no se ha producido la gestación, ni el nacimiento de un niño/a/s, 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. Sobre la procedencia sustancial de la cuestión ser los padres del niño a concebir. Dado que la Gestación por sustitución no está prevista en la legislación sustancial, 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, los que aportaran su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño. En consecuencia, la norma del art. 562 del C.C.C.N. aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a A.A.A. y V.H.C. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser padres 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 Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de A.y V. Además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos. Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del C.C.C.N. 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 por ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, y así se considera, 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/o 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. Este tribunal está llamado entonces 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. “Almonaciac 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 Cód. Civ. 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 C.P.C.C. 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 el tribunal que el artículo 562 del C.C. y C.N., 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 Cód. Civ. y Com. de la Nación 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. A.A.A., V.H.C. y F.L.B (madre gestante) 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 Cód. Civ. y Com. de la Nación, 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 se adelanta, 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 personal que se llevó a cabo (vide f. 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 Cód. Civ. y Com. de la Nación), 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" - T. n° II - Rubinzal - Culzoni - P. 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 Cód. Civ. y Com. de la Nación, 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).

Cuarto. Conclusión. Como consecuencia de lo expuesto corresponde avanzar en lo que es motivo de resolución, y autorizarse la práctica de gestación por sustitución requerida, para lo cual deberán las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por el art. 560 del C.C. y C.N. En consecuencia se ordena que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la misma, la criatura sea inscripta como hijo/a de A.A.A y de V.H.C., sin vínculo legal con la Sra. F.L.B. Fundamento: Por aplicación del principio de intermediación y en el convencimiento de que un encuentro personal con todas las partes contribuyó a la convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensionamiento que tienen del procedimiento y las implicancias del mismo y sus consecuencias; pues a través de un diálogo ameno y extenso se pudo conocer que la imposibilidad de gestar de la Sra. A.A.A. fue un tema dialogado; que la voluntad de gestar de la Sra. F.L.B 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 prima y a la pareja de ésta 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. Se reitera al efecto, que 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 se adelanta, 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, para evitar 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. (Cámara Civil en Familia y Sucesiones – Sala 1 – N.A.R. Vs. R.L. s/ filiación – N° 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 personal a la que ya se aludiera (véase f. 92) (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 Cód. Civ. y Com. de la Nación) ,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. 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. A. .A y V. H. C., 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 C.C.C.N. 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. III) Costas. Las costas se imponen por el orden causado. No corresponde regular los honorarios de la Dra. M.I.B., a contrario sensu de lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario. Por todo lo expuesto; al tener en cuenta tanto la opinión del Ministerio Público Fiscal, como la del representante del Ministerio de Niñez y Adolescencia; las consideraciones vertidas por el Equipo Técnico Interdisciplinario de esta Sede Judicial, y en base a lo dispuesto por los arts. 1, 2, 560 ss. ycc.del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 19 de la Constitución Nacional y demás normas referidas.-

RESUELVO: I) Autorizar a los Sres. A.A.A. DNI. y V.H.C. DNI xxx, como comitentes y a la Sra. F. L.B. DNI xxx 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 Código Civil y Comercial de la Nación. Determinar que el niño/a nacido/a de esa práctica no tenga vínculo jurídico con la gestante.- II) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, 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 1 de esta resolución será/n hijo/a/s de la Sra. A.A.A y V.H.C., 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. III) 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.A.A D.N.I. xxx y al Sr. V.H.C. D.N.I xxx. 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 Código Civil y Comercial de la Nación. Sin perjuicio de ello, a

tenor del art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, 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. IV) 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 sean sus progenitores, Sres. A.A.A y V.H.C. V) Imponer las costas por el orden causado, y no regular honorarios a la Dra. M.I. B. (arg. Art. 26 Ley 9459). Protocolícese, hágase saber y dese copia.