

\*10067261858\*

G., M. D.; M. O., R. A. Y D., R. G. S/ VENIA JUDICIAL

21-11366453-0

Trib.Coleg. Inst. Unica Civil de Fam. -4° Nom.

N° Rosario, de noviembre de 2020.- **Y VISTOS**: Los presentes caratulados:

“**G, M D; M O, R A Y D, R G S/ VENIA JUDICIAL**”, Expte. Cuij Nro. 21-11366453-0; de los que resulta que;

A fs. 12/29, con patrocinio letrado, comparecen M, R y R y solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de la Sra. R en su calidad de gestante y M y R como padres intencionales. Asimismo, solicitan se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño/niña/s concebido/s como hijo/s de M y R.

Entre los antecedentes fácticos,

M y R relatan en detalle cómo se conocieron por el año 2009 y los inicios de su vida como pareja que ambos ubican en noviembre de 2013. Expresan que este año cumplen siete años de amor juntos y su deseo de ser padres fue charlado y fue creciendo a medida que la relación se fue fortaleciendo, *“hace unos cuantos años que venimos soñando tener nuestra familia, poder ser padres, salir a caminar, ver correr a nuestros hijos*” expresa R quien le ha pedido matrimonio a M hace un año atrás y juntos decidieron casarse el próximo 20 de noviembre.

Expresan que empezaron a averiguar de la

gestación subrogada en otros países y en Argentina, que se unieron a un grupo deWhatsapp y a otro de Facebook para ir conociendo las experiencias de otras parejas. El consejo *“den a conocer su deseo”* desencadenó una publicación en su estado de whatsapp el 26/05/2020: *“Buscamos niñera 24/7 por 9 meses”* y fue R quien respondió preguntando si la aceptarían como niñera.

Relatan que R es una compañera de trabajo de M con la que comparten mucho tiempo en el Hospital. Consultaron con su abogada y les indicó los requisitos legales para emprender el camino. Expresan que previo al inicio de los presentes, junto con R asistieron a diversas consultas con la Dra. Idelma Serpa en el instituto GAMMA de nuestra ciudad, fueron entrevistados personalmente y entregaron sus historias clínicas y estudios médicos disponibles. Previo a solicitar la presente autorización judicial, fue decisión de los peticionantes realizar todos los estudios médicos para determinar la aptitud física y psicológica de las partes involucradas. Concluida la evaluación, se les informó que estaban en condiciones para llevar adelante el tratamiento para gestación por sustitución.

Acompañan los certificados médicos extendidos por los profesionales intervinientes, resultados de los estudios médicos realizados, historias clínicas de los embarazos de R, los certificados psicológicos de los solicitantes.

Asimismo, transcriben el acuerdo de gestación por sustitución que suscribieron para plasmar su voluntad, la elección libre y voluntaria, como asimismo la cabal comprensión sobre las implicancias familiares, médicas y legales que conllevará.

Fundan su pretensión conceptualizando la familia como núcleo central de la sociedad y objeto de tutela en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que reseña (art. 23 P.I.D.C y P, art 10.1 P.I.D.E.S.C., art. 16.3 D.U.D.H., art. 6 C.A.D.H..); refieren al parentesco y las nuevas formas de alcanzar el vínculo filial, y una nueva fuente para ello: la voluntad procreacional; referencian los conceptos de maternidad y paternidad; exponen cómo las TRHA impactan en los conceptos maternidad y paternidad, y la gestación por sustitución como forma de dar vida a un ser humano; señalando una evolución en el concepto de familia. Como fundamentos jurídicos de su pretensión expresan que nuestra Constitución Nacional garantiza el principio de legalidad, es decir, lo que no está prohibido, está permitido; invocan las Leyes 26.862 y 26.618; el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación en el C.C.C.N -art. 558-; señalando cómo la aplicación del art. 562 C.C.C.N sin armonizarla con los derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación en perjuicio de la mujer que por carecer de capacidad gestacional pero no genética, no se le reconozca su maternidad a pesar del vínculo biológico y de conformar su proyecto de familia. Señala que la omisión de regulación de la maternidad subrogada en el C.C.C.N, viene siendo subsanada por la jurisprudencia para evitar una inscripción de un nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada.

Expresan que el art. 562 del C.C.C.N, inserto en el capitulo *“Reglas generales relativas a la filiación por TRHA”*, que transcriben, y postulan la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 CCC en tanto determina que los nacidos por TRHA son hijos de quien ha dado a luz sin reconocer la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante su consentimiento libre e informado, sino de la mujer gestante.

Fundan ampliamente su planteo, tanto en doctrina y jurisprudencia nacional como internacional.

Finalizan solicitando se haga lugar a la autorización judicial solicitada con los alcances pedidos -inscribir al niño/s o niñas que nazca/n del procedimiento como hijo/s de R y M.

Que a fs. 38 obra acta de audiencia celebrada en autos, ocasión en que los presentantes ratificaron lo expresado y pretendido en autos.

Que a fs. 39 se agrega informe del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial quedando los autos estado de ser resueltos.

**Y CONSIDERANDO**: Que en autos se presentan M, R y Ry solicitan autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de la Sra. R en su calidad de gestante y M y R en carácter de padres intencionales; solicitan además se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño/niña/s concebido/s como hijo/s de M y R.

Es el caso que la única alternativa para procrear de una pareja igualitaria constituída por dos hombres, como el caso traído a resolver, es la gestación por sustitución.

Resolver la petición formulada en autos, exige la consideración de varios derechos con jerarquía constitucional y su tutela efectiva -derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional-, derechos relacionados entre sí que, en defecto de regulación legal expresa, nos permiten dar respuesta a la pretensión de autos (Arts. 1, 2 y 3 del C.C.C.N).

En primer lugar, cabe destacar que nuestro ordenamiento positivo reconoce el derecho a procrear, como consecuencia lógica de la autonomía personal, el derecho a la vida privada y la vida privada familiar; se trata del derecho de 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 Constitución Nacional eimplica que cada persona puede escoger el que considere *“mejor plan de vida”* para sí misma, aunque traiga aparejado un daño personal ya que sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan vida. El ámbito de libertad personal implica la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, es decir es el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias convicciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fundamento en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, tiene dicho: *“Que cabe recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución...”* (Fallos: 306:1892 y 329:5266, entre muchos otros). Se reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral publica o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral publica, o a los derechos ajenos, sus comportamientos -incluso públicos- están en el ámbito de protección del referido artículo 19 de nuestra Carta Magna y merecen respeto aun cuando resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. 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 de Justicia de la Nación en el precedente *“Bahamondez”* y ratificado en el fallo *“Albarracini”.*

En el mismo sentido, los tratados internacionales de derechos humanos prohíben toda injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada de las personas (art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 Convención Americana de Derechos Humanos). Entre los diversos ámbitos de la vida privada se encuentra la vida privada de sus familias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a la invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

Asimismo, debe considerarse que la protección del derecho a la vida privada, va más allá de privacidad, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo la capacidad de desarrollar su personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir su propias relaciones personales; 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 una persona se ve a si mismo y decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Así, la decisión de ser o no ser madre, de ser o no ser padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en sentido genético o biológico.

Otro aspecto particular de la vida privada es el derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -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 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -artículo 23-.

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Artavia Murillo Costa Rica*” -fallo del 28 de noviembre de 2018-citando al Comité de los Derechos Humanos de la ONU, destaca que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. El comité de Derechos Humanos ha dicho que *“El derecho a fundar una familia, implica en principio la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.*

Que el derecho a la vida privada se relaciona entonces con la autonomía reproductiva -expresamente reconocida en la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer art. 10, 11 y 16- y se traduce en el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo de los nacimientos así como tener acceso a la información, a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos.

Que el derecho a la integridad personal (art. 5 C.A.D.H) también se encuentra directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud, puesto que un adecuado acceso a las prestaciones de salud, es necesario para lograr una efectiva protección del derecho la integridad personal.

Que tal como señalara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, la salud debe entenderse como un estado completo de bienestar, mental y social, y no solo como ausencia de afecciones o enfermedades. Dentro del concepto de salud, se encuentra incluida la salud reproductiva, definida ésta como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de afecciones o enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; abarcando la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; de procrear con la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Asimismo incluye el derecho de la mujer y el hombre a obtener información y de planificar la familia, así como la elección de otros métodos para la regulación de la fecundidad y acceso a medios eficaces, asequibles y aceptables, derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y den las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Los derechos reproductivos abarcan derechos humanos reconocidos tanto en leyes nacionales -Ley 25.673, 26.862- como en instrumentos internacionales de derechos humanos. 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 y el intervalo entre éstos, de disponer de la información y de los medios para ellos y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; abarcando el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para satisfacer ese derecho (art. 15 P.I.D.E.S.C). Consagrar un derecho y no asegurar los recursos para garantizar el efectivo disfrute del mismo, equivale a la no existencia del derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 ha dicho que 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 que momento, y tienen derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección. Que conforme lo expresado, es indudable que los solicitantes M y R tienen derecho a procrear, de forma tal que corresponde avocarse a su pretensión realizada en autos, en el sentido de utilizar la técnica de reproducción asistida gestación por sustitución, autorizándose la implantación del embrión o embriones logrados a partir de ovocitos donados de donante anónima proveniente del banco de óvulos y semen de uno de los padres intencionales en el útero de la Sra. R y que se disponga que la/s persona o personas que nazca/n sea/n inscriptas como hija/s o hijo/s suyos, reconociéndose su voluntad procreacional.

Que los padres intencionales M y R son una pareja igualitaria de sexo masculino, por tanto imposibilitados de concebir el embarazo buscado de forma natural, siendo la gestación por sustitución la única alternativa posible para concretar el derecho a procrear de los solicitantes.

 Que conforme lo señalara la Dra. Andrea Brunetti - Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario- en su resolución de fecha 5 de diciembre de 2017 (La Ley cita online AR/JUR/105404/2017) *”... si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional N° 26.862, sancionada el 05 de junio de 2013, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. En su artículo 2 dispone, “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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el artículo 7 que reza: “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 26.529, de 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. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello se deduce, que abarca “el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente -de distinto o igual sexo- que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo” [Krasnow, Adriana Noemí, Tratado de Derecho de Familia, 1ª ed., CABA, LA LEY, 2015, T. III, p. 76]. Además como consecuencia del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria, incorporando al sistema jurídico las TRHA (art. 558 Cód. Civ. y Com. de la Nación), entre las que lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se desprende además de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento constitucionales y convencionales conforme analizaremos seguidamente (art. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación).”*

Son numerosos los antecedentes jurisprudenciales que se han expedido en igual sentido, remitiéndome al fallo arriba citado, que contiene un enumeración exhaustiva de tales antecedentes.

Comparto el criterio que sostiene que no admitir la autorización para llevar a cabo la gestación por sustitución constituye, además, una discriminación no tolerada por nuestro derecho. En efecto, se advierte que estando reguladas las técnicas de reproducción humana asistida no aparece razonable su exclusión para una pareja igualitaria constituida por dos personas de sexo masculino que naturalmente no puede llevar adelante un embarazo.

Hace tiempo -fallo de fecha 16/10/2012 “M.M. Y OTROS C/IAPOS S/RECURSO DE AMPARO”, Autos y Sentencias, T° 246, pág. 222, apto para consulta online en www.justiciasantafe.gob.ar cita N° 43053/12- la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, ha dicho “...*es dable recordar que la Ley 25.673 (Ley Nacional de Salud Reproductiva) tiene por objetivos "garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable" (art. 2); y que "el programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna" (art. 3)*.

Cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que *“el derecho a la preservación de la salud no debe sino ser apreciado desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una directa vinculación con el principio de dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos: 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569), sumado al hecho de que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad.” “En tal marco, se ha interpretado que la cobertura a dar a la salud reproductiva lo es tanto en su faz negativa (contracepción), como en su faz positiva (concepción), por lo cual deben cubrirse tanto los métodos anticonceptivos como -también- las técnicas que aseguren la concepción (en el caso, las técnicas de fecundación asistida); lo que se ve reforzado con la sanción de la ley 26.485, que garantiza a la mujer el derecho a decidir sobre la vida reproductiva y número de embarazos. Sostener lo contrario llevaría a entender que el Estado sólo garantiza la imposibilidad de concebir, pero no la opción por concebir; lo que sería tanto como afirmar que la Política de Salud Pública argentina con respecto a la concepción consiste en financiar todas las formas de evitar la fecundación, desde las más simples hasta las más costosas operaciones, pero no se costean los tratamientos de asistencia a la fecundación. En consecuencia, de la misma forma en la que se protege y financia económicamente la libertad de no concebir, mediante el pago de todo tipo de tratamientos anticonceptivos, debe -también- garantizarse el derecho a concebir cuando ello no es naturalmente posible. Y no es ocioso remarcar que existe una íntima relación entre el derecho a constituir una familia y el acceso a las técnicas de fecundación asistida, pues si los miembros de la pareja estéril no tienen posibilidad de que su sistema de cobertura de salud les proporcione el acceso a la técnica de fecundación asistida, la paternidad y la maternidad quedaría reservada en tales supuestos a quienes cuentan con los medios económicos y sociales que les permiten costear los tratamientos, lo que constituye una limitación al derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas, que resulta arbitraria y, por lo tanto, jurídicamente inaceptable. En relación con lo cual se ha hecho alusión al derecho a no ser discriminado, considerando que constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento. Es que cuando la realización de derechos humanos reconocidos (como el de la dignidad humana, el acceso a la vida familiar, la no discriminación y la equidad) dependen de laprovisión de un tratamiento de salud en particular (en autos para responder a una infertilidad), los Estados (y también las empresas de salud) están obligados a brindar estos tratamientos y a garantizarlos. No resultando suficiente, para denegar la cobertura, el hecho de que el tratamiento de fertilización asistida no haya sido reglamentado específicamente, si el derecho al tratamiento surge de las leyes antes mencionadas y de normativas constitucionales de rango superior. De admitirse lo contrario, la falta de reglamentación impediría el acceso al tratamiento que permite dar eficacia al derecho a la salud sexual y reproductiva”* (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 29/04/2010, "L. P., M. C. y otro c. O.S.D.E.", La Ley Online AR/JUR/28217/2010)*.*

Que el art. 562 C.C.C dispone: *“Voluntad procreacional: Los nacidos por 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, libre e informado 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”.*

Que la mencionada disposición legal constituye un obstáculo para el goce de los derechos supra detallados de los que son titulares los Sres. M y R, en cuanto impide inscribir a la persona o personas que nazcan como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida como hija/s o hijo/s de los solicitantes, dado que ninguno de los nombrados -a pesar de expresar su voluntad procreacional- *“dará a luz”* a la/s persona/s que nazcan, por tanto corresponde declarar su inconstitucionalidad y en consecuencia, su inaplicabilidad al caso de autos, conforme fuera expresamente requerido por los solicitantes quienen consignaran en su minuta las distintas alternativas que los diferentes Tribunales han ordenado en cuanto a declarar inconstitucional la disposición cuestionada o sólo declarar sus inaplicabilidad al caso.

Que la Sra. R ha comparecido en autos y ha expresado -libre e informadamente- su voluntad de llevar adelante la gestación del embrión y/o embriones formados con ovocitos donados de donante anónima provenientes del banco de óvulos y semen de uno de los padres intencionales, dejando indudablemente expresado que ella no cuenta con voluntad procreacional, no desea ser madre nuevamente, sino solamente asumir el rol de “gestante”. Su voluntad fue ratificada ante la suscripta -Acta de fs. 38- y ante el Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial Rosario -informe de fs. 39-, y la decisión fue adoptada con el acuerdo de su esposo, D -quien lo ratifica a fs. 38 y conforme fuera informado a fs. 39- y puesta en conocimiento de los hijos en común del matrimonio, G y V -niños que fueran entrevistados por las profesionales del Gabinete Interdisciplinario del Poder Judicial según consta a fs. 40- .

Que indudablemente en autos se ha acreditado que sólo los señores M y R cuentan con voluntad procreacional y que la Sra. R sólo cuenta cuenta con voluntad para llevar adelante la gestación.

Que en función de las pautas interpretativas emergentes de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, previo a establecer si una norma es contraria al orden constitucional o a los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República es parte corresponde ponderar si la norma infra constitucional puede ser interpretada conforme a aquellas normas constitucionales, convencionales o emergentes de los tratados internacionales, con especial referencia a los tratados de derechos humanos receptados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional; solo cuando dicha interpretación no se logra corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad o de anticonvencionalidad, pues siempre debe estarse en favor de la validez de las normas (Fallos: 14: 425; 147: 28 6).

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente como también reiteradamente se ha citado, que *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de sumagravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”* (Fallos 314: 424, entre otros), señalando también que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico.

Que, *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad* (Fallos:300:1088; 302:1149; 303:1709 y 315:923); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (Fallos:315:923; 322:1356).

Que al analizar la tacha de inconstitucionalidad de una norma, resulta insoslayable considerar que el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad para, en el ejercicio de su prudencia legislativa, disponer la composición de bienes que estime más adecuada a las finalidades que persigue y que es deber republicano primario de los jueces respetar la ponderación vigente que ha realizado el legislador; ello es así en la medida que no implique un arbitrario menoscabo a los derechos humanos. Si ello se verifica -como ocurre en el caso de autos en que el derecho a procrear de M y R se ve totalmente avasallado- la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de incompatibilidad constitucional, motivo por el cual corresponde declarar su inconstitucionalidad y por tanto su inaplicabilidad al presente caso, ello en virtud de que la inflexibilidad de la norma, impide un interpretación conforme con los derechos garantizados por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

Que por lo expresado, y conforme las circunstancias de autos, arribo a la convicción que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 CCCN en cuanto dispone que el o los nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida que se autorizará en autos -implantación de uno o varios embriones logrados con los gametos ovocitos provenientes de donante anónimo del banco de óvulos y semen de uno de los padre intencionales en el útero de la Sra. R para su gestación- será o serán inscriptos como hijos de los Sres. M y R, quienes han prestado su consentimiento libre e informado, previo a la realización de la práctica.

Que por los fundamentos expuestos,

**RESUELVO:** 1) Hacer lugar a la demanda, autorizando la realización de la transferencia embrionaria para gestación por sustitución por parte de la Sra. R en su calidad de gestante y de los Sres. M y R como progenitores intencionales. 2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 C.C.C.N en cuanto dispone que el o los nacidos como consecuencia de la práctica autorizada será/n hija/s o hijo/s de quien lo dé a luz; disponiendo que la/s persona/s que nazcan como consecuencia de la práctica autorizada, será/n inscripto/s como hija/s o hijo/s de los Sres. M y R, quienes han prestado su consentimiento libre e informado para ella. 3) Oficiar al Registro Civil y de la Capacidad de las Personas, a fin que proceda a inscribir el consentimiento informado de todos los intervinientes en la práctica, junto con la presente resolución. 4) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto los profesionales intervinientes acrediten su situación ante la AFIP.

Insértese y hágase saber.-

DRA. MARIA JOSE CAVIGLIA DRA. MARIA PAULA MANGANI

Secretaria en Suplencia Jueza