

SENTENCIA NUMERO: 48. RIO CUARTO, 25/04/2022. Y VISTOS: estos autos caratulados C., N. G. Y OTROS – AUTORIZACIONES, Expte. N° *****, traídos a despacho para resolver y de los que resulta que: **I)** A través de la presentación electrónica de fecha veintitrés de agosto de dos mil veintiuno comparecieron el Sr. M.J.P.V., DNI N° *****, la Sra. N.G.C., DNI N° ***** y la Sra. V.T., DNI N° *****, a los efectos de solicitar autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción de alta complejidad FIV (Fertilización in vitro) ICSI (Microinyección Intracitoplasmática de Espermatozoides), a desarrollarse con el aporte de gametos masculinos correspondientes al Sr. M.J.P.V.; de gametos femeninos aportados por una donante anónima y el aporte gestacional de la Sra. V.T. Asimismo, requirieron que la filiación del niño o niña a nacer se establezca únicamente con relación a la pareja comitente.

II) Explicaron que la pareja conviviente (conformada por el Sr. M.J.P.V. y la Sra. N.G.C.) comenzó su relación sentimental en el año dos mil catorce. Seguidamente indicaron que la Sra. N.G.C. es empleada en relación de dependencia (no docente universitaria y docente en la institución educativa ***** de esta ciudad) y que el Sr. M.J.P.V. se desempeña de manera independiente (electricista domiciliario e instalador de aires acondicionados), siendo el lugar de residencia de ambos la ciudad de Río Cuarto. Expresaron que la Sra. N.G.C., antes de conformar la pareja con el Sr. V.T., se encontraba inscrita en el Registro Único de Adopción en la provincia de *****, lugar en el

que residía. Agregaron que, al mudarse a esta ciudad, la Sra. N.G.C. se vio excluida de dicho registro. Seguidamente, refirieron que una vez conformada la pareja debieron atravesar muchas dificultades a los fines de concretar la llegada de un hijo por la vía biológica, circunstancia por la cual en el año dos mil diecisiete un profesional de la salud sugirió tratamiento de reproducción de alta complejidad. En consecuencia, en el mes junio del referido año comenzaron las intervenciones del caso a los fines de obtener ovocitos susceptibles de ser fecundados. Agregaron que a partir de dicha intervención se obtuvieron doce ovocitos, los cuales fueron inseminados mediante las técnicas FIV (seis ovocitos) e ICSI (seis ovocitos). En consecuencia, aclararon que en función de ello se obtuvieron siete embriones que, a la postre, se vitrificaron agrupados en tres pajuelas, todo lo cual permitió tres intentos de transferencia embrionaria a los efectos de concretar el embarazo. Más adelante narraron que entre julio del año dos mil diecisiete y septiembre del año dos mil veinte se efectivizaron los referidos intentos de transferencia, los cuales no tuvieron éxito conforme los argumentos propiciados y a los cuales me remito en honor a la brevedad. Manifestaron que, en virtud del tratamiento efectuado, actualmente en el banco de gametos y embriones del centro de reproducción interviniente aún quedan dos embriones criopreservados.

III) Más adelante indicaron que en el transcurso del proceso de búsqueda de conformación de una familia conocieron a la Sra. V.T. por intermedio de una amiga. Explicaron que la Sra. V.T. se desempeña como ***** en la localidad de

La Carlota y que esta, al enterarse de la situación de los solicitantes y el estado de sufrimiento por el que atravesaban, decidió de manera desinteresada prestar su colaboración para que la pareja involucrada pueda concretar su deseo de paternidad y maternidad. A su vez, refirieron que la Sra. V.T. se encuentra dispuesta a asumir el rol de gestante. Detallaron que se trata de una mujer mayor que goza plenamente de sus capacidades intelectuales y que tomó la decisión de ofrecerse de forma libre, para lo cual fue informada de manera plena a partir de un debido asesoramiento legal. Finalmente, agregaron que se trata de una persona motivada únicamente por un sentimiento altruista; por el amor incondicional que siente por sus hijos; la fe en Dios que le dio un cuerpo sano y el haber vivido la experiencia de ser madre.

IV) En consecuencia, los comparecientes solicitaron que en función de la laguna normativa existente en la materia y la consiguiente inseguridad jurídica que podría presentarse en materia de vínculos filiales respecto del niño o niña a nacer, sea el Tribunal quien autorice la técnica de reproducción humana médicamente asistida, llamada gestación por sustitución. Concluyeron que, atento al diagnóstico de esterilidad invocado y en caso de autorización judicial de la práctica solicitada, para el caso de lograrse el embarazo en la persona gestante, se establezca el vínculo filiatorio del niño o de la niña por nacer con respecto al Sr. M.J.P.V. y a la Sra. N.G.C., por ser quienes poseen la voluntad procreacional (arg. artículos 558, 562 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, legislación vigente en materia de derechos humanos y jurisprudencia

nacional unánime en la materia). En este orden de ideas, recordaron que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que aquellas personas nacidas 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 del referido plexo normativo, con independencia de quién haya aportado los gametos. A fin de cuentas, reiteraron que la norma invocada aplica cuando la misma mujer es la que está realizando el Tratamiento de Reproducción Humana Asistida (TRHA), gesta a su propio bebé y lo da a luz, pero no es aplicable en forma textual a los casos de gestación por sustitución, dado que no se reconoce la voluntad de la madre procreacional, todo lo cual, en este caso concreto, derivaría en que el niño o la niña a nacer mantenga vínculo filiatorio con la gestante, Sra. V.T., y el Sr. M.J.P.V., viéndose desplazada la Sra. N.G.C.. En resumidas cuentas, indicaron que en este caso concreto el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación se torna inconstitucional e inaplicable. En suma, citaron doctrina, jurisprudencia y, por último, ofrecieron prueba. Asimismo, a través de la presentación ampliatoria de fecha veintisiete de octubre del pasado año, se incorporó un acuerdo privado entre las partes involucradas, el cual comprende las cuestiones atinentes a la gestación por sustitución y la voluntad procreacional.

V) Seguidamente, a través de la presentación de fecha veintinueve de octubre del año dos mil veintiuno se otorgó trámite de ley a las presentes actuaciones (art. 75

Ley N° 10.305 –juicio común-) y se ordenó la intervención del Ministerio Público Fiscal.

VI) Más adelante, a través del proveído de fecha cinco de noviembre de dos mil veintiuno, se proveyó la prueba ofrecida por las partes. Seguidamente, mediante proveído dictado el doce de noviembre del referido año, se incorporó oficio diligenciado por “*****”, consistente en la historia clínica de la Sra. N.G.C. y del Sr. M.J.P.V. Por otro costado, en el marco de la operación electrónica de fecha quince de diciembre del pasado año surge incorporado un informe socio ambiental y un informe pericial psicológico, ambos realizados respecto de la Sra. V.T.

VII) Posteriormente, a través de la operación de fecha tres de febrero del corriente año se corrió traslado para alegar, el cual fue evacuado de manera inmediata por las partes a través de las presentaciones respectivas que lucen agregadas con fecha cuatro de febrero del mencionado año. Asimismo, hizo lo propio el Ministerio Público Fiscal mediante dictamen incorporado en la presentación del diez de febrero del presente año. Por último, el día veinticuatro de febrero de dos mil veintidós se celebró una audiencia en el Tribunal a los fines de entrevistar a las partes involucradas, oportunidad en la cual ratificaron la voluntad expresada en el escrito de demanda.

VIII) Finalmente, a través del proveído de fecha veinticinco de febrero del presente año se dictó el decreto de autos, el cual, una vez firme y consentido, dejó la causa en condiciones de ser resuelta por el Tribunal.

Y CONSIDERANDO: I) Las presentes actuaciones llegan a estudio a fin de abordar la petición formulada por el Sr. M.J.P.V., la Sra. N.G.C. y la Sra. V.T., quienes solicitaron autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción de alta complejidad FIV (Fertilización in vitro) ICSI (Microinyección Intracitoplasmática de Espermatozoides) a partir de la aportación de gametos por parte del Sr. M.J.P.V. y de una donante anónima y el aporte gestacional de la Sra. V.T. Para ello, acompañaron el respectivo acuerdo arribado por las partes y, de igual manera, solicitaron se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en virtud de los argumentos propiciados, a los cuales me remito en honor a la brevedad. En este sentido, cabe destacar que los solicitantes fundamentaron su petición, entre otros argumentos, en lo ya resuelto por la jurisprudencia emanada de otros tribunales provinciales, la cual tomó en consideración normas fundamentales previstas por nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales. De igual modo, efectuaron un pormenorizado detalle de todas las instancias médicas por la que han atravesado a los fines de lograr el embarazo, lo que, en virtud de los eventos descriptos, no aconteció.

II) El derecho a la salud reproductiva en el bloque de constitucionalidad en la República Argentina y su vinculación con las TRHA. Sobre la protección del derecho a formar una familia. Previo a ingresar al análisis concreto de las cuestiones referidas en el título del presente acápite, cabe considerar como primer

factor los sucesos narrados por las partes, pues resulta indiscutible que el motivo del presente decisorio se origina en la dificultad relatada por los solicitantes a los fines de concretar sus deseos de paternidad y maternidad a través de la vía biológica. En este sentido, se acompañó cuantiosa documental que da cuenta de ello y de las diversas instancias por las cuales las partes han atravesado en los últimos años. Se advierte de la presentación electrónica del seis de septiembre del pasado año el acompañamiento de un diagnóstico médico, el cual reza lo siguiente: *“Por todo lo antes expuesto, con deseo de descendencia no satisfecha desde hace dos años, con diagnóstico de: - Esterilidad primaria; - Edad avanzada y – Factor masculino. Se sugiere que la pareja haga tratamiento de reproducción de alta complejidad FIV ICSI”*. En función de lo expuesto, la Sra. N.G.C. y el Sr. M.J.P.V. iniciaron el procedimiento de vitrificación de embriones, lo cual, a la postre, derivó en distintas instancias de transferencia embrionaria. Surge de la documental incorporada que en oportunidad de celebrarse el tercer intento de transferencia se hizo uso de ovocitos aportados por una donante, a diferencia de los dos primeros ensayos, en los cuales se utilizaron gametos propios de los solicitantes. Finalmente, atento la falta de éxito en los intentos realizados, se procedió a reservar dos embriones criopreservados en el banco de gametos y embriones del centro de reproducción interviniente.

Dadas las circunstancias relatadas, las cuales acreditan de manera certera las complejidades por las que han atravesado y actualmente atraviesa la pareja involucrada a los fines de concebir, corresponde adentrarnos en la valoración de

los elementos que giran en torno a la petición efectuada. En este orden de ideas y a partir de las circunstancias relatadas, se avizora que lucen comprometidos derechos de raigambre constitucional que resultan fundamentales para las partes involucradas. Es el caso del derecho a la salud reproductiva, el cual luce tutelado por tratados internacionales; por nuestra Constitución Nacional y por diversas leyes locales. A los fines de una mejor comprensión del contenido del derecho aquí comprometido, cabe definir a la salud reproductiva como aquella que refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables, lo cual comprende el acceso a información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo (Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994). De acuerdo con los razonamientos efectuados, la Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo Económico y Social, formuló la “Observación Gral. Núm. 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. Del referido instrumento surgen una serie de lineamientos de suma trascendencia, los cuales a continuación destacamos: *“(...) Los Estados partes deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud sexual y reproductiva. Los Estados partes deben avanzar de la manera más rápida y efectiva posible hacia la plena*

realización del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sexual y reproductiva (...) Los Estados partes deben velar también porque todas las personas y los grupos tengan acceso en pie de igualdad a toda la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, en particular mediante la eliminación de todos los obstáculos a los que determinados grupos puedan verse confrontados (...) Los Estados deben preparar y aplicar normas y directrices con base empírica para la prestación y el suministro de servicios de salud sexual y reproductiva, y estas directrices deben actualizarse constantemente para incorporar los avances médicos (...) Se producen violaciones de la obligación de cumplir cuando los Estados no adoptan medidas afirmativas para erradicar los obstáculos legales, procedimentales, prácticos y sociales al disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva (...)”.

Por otra parte, pero en directa vinculación con la problemática abordada, cabe considerar el derecho a la salud reproductiva en consonancia con el derecho de filiación. El avance en materia científica y tecnológica generó lo que se conoce como revolución reproductiva, lo cual implica la existencia de técnicas que separan la reproducción humana de la sexualidad (LAMM, Eleonora; 2013; Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres; Universidad de Barcelona; p. 17). Nuestra legislación civil ha tomado razón de esta circunstancia, al punto tal que el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación incorporó como fuente de filiación a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Advertimos que a partir de dicha consagración

normativa y de la sanción de la ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la República Argentina apunta a garantizar el abordado derecho a la salud reproductiva. Todo ello, a su vez, se encuentra firmemente emparentado con el derecho de todo ciudadano a beneficiarse del progreso científico, pues, tal cual fuera reseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la afamada causa “Artavia Murillo”, del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva. Por consiguiente, cabe encuadrar dentro del marco de las TRHA a lo que doctrinariamente conocemos como gestación por sustitución. Dicha técnica se desarrolla a partir de un mecanismo en virtud del cual una mujer a la que se denomina gestante accede a gestar al hijo de otra persona o pareja, lo cual puede acontecer por la utilización de gametos de ambos padres; por la donación de los dos gametos o por la donación de un gameto y el aporte de uno de los progenitores que brinda la voluntad procreacional. En este orden de ideas, cabe enfatizar que nuestro país se ubica dentro de los estados que han adoptado la postura abstencionista, desde que no surge de nuestra legislación norma alguna que prevea la regulación o la prohibición de la gestación por sustitución.

Ante el estado de situación descrito ha sido la jurisprudencia a través de cuantiosos pronunciamientos la que ha brindado las respuestas que la ley ha omitido prever. Ahora bien, después de todo lo expuesto, cabe volver a centrar el

análisis en las principales aristas que rodean al caso concreto que resulta objeto de abordaje. En este sentido, y tal cual se advirtió, la pareja solicitante conformada por la Sra. N.G.C. y el Sr. M.J.P.V., han agotado numerosas instancias de intervención médica, sin que ello le haya significado la satisfacción de su deseo, aún latente, de conformar una familia mediante la incorporación de un hijo o una hija a sus vidas. Sin perjuicio de ello, se advierte de los sucesos narrados que la pareja ha logrado el acceso a las nuevas tecnologías propias del avance científico de la época, todo lo cual demuestra que, dentro de las posibilidades que brinda el marco normativo existente, el derecho a la salud reproductiva ha tenido un debido resguardo. No obstante lo referido, no debe perderse de vista el fin último de los comparecientes: la conformación de una familia a través de la llegada un niño o niña a sus vidas, circunstancia pendiente al día de la fecha.

Sobre dicha cuenta pendiente es que corresponde indagar, pues emerge un interrogante por fuera de cualquier solución jurisprudencial: ¿De qué manera garantiza el Estado el derecho básico y elemental a formar una familia ante una plataforma fáctica como la abordada? El silencio se impone como respuesta, pues estamos en presencia de un claro supuesto de omisión legislativa. Treacy refiere que el legislador puede incurrir en inconstitucionalidad por acción (cuando dicta una norma contraria, en algún sentido, a la Ley Fundamental) o por omisión (cuando no ejerce la potestad legislativa en el modo o en las oportunidades previstas por la Constitución). Asimismo, invoca que se distinguen dos tipos de

omisión: las omisiones absolutas y las omisiones relativas. Explica que las omisiones absolutas consisten en la no producción de la norma legal que el legislador esté obligado a dictar y que en el caso de las omisiones relativas, la norma se dicta, pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador. Concluye que en los casos de omisiones relativas del legislador, a menudo es posible mediante la interpretación judicial eludir las dificultades que implica la carencia de una norma que permita dar operatividad a una norma que requiere alguna actividad del legislador (TREACY, Guillermo F; 2016; Control judicial de la omisión legislativa: variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-treacy-variaciones.pdf>). La falta de previsión normativa de la figura de la gestación por sustitución para su aplicación en casos como el de marras desencadena en una evidente violación a un derecho ampliamente protegido: el derecho a formar una familia. La referida omisión genera un incuestionable escenario de inconstitucionalidad, máxime si consideramos lo normado por distintos instrumentos legales supranacionales en cuanto a la protección del derecho señalado. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé en su art. VI que *“toda persona tiene el derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”*. En idéntico sentido, también luce receptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone en su artículo 23

(punto 2): *“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”*. Por otro costado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17, segundo párrafo, 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”*.

Por consiguiente, corresponde que nos repreguntemos: ¿Se encuentra efectivamente garantizado por nuestro marco normativo el derecho constitucional a construir una familia en el caso de la Sra. N.G.C. y el Sr. M.J.P.V.? La respuesta surge de la propia solicitud formulada por las partes, pues estos no encontraron ningún tipo de abrigo en la legislación nacional vigente. En este sentido, cabe destacar que el hecho de reducir la conformación de una familia a circunstancias biológicas, al instituto de la adopción o a determinadas THRA, sin contemplar el amplio abanico que estas ofrecen, deriva inevitablemente en un escenario de discriminación que debe reprocharse, pues no solo alcanza a personas como las aquí interesadas, sino también a otros grupos que no encuentran respuesta alguna en el ordenamiento legal actual. Destacada doctrina ha señalado: *“(...) fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la*

reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener (...)” (FAMÁ, María V; 2009; La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano, fallo comentado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal -Sala III-, de fecha 2009-05-19, “B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación. En Revista Jurídica Argentina La Ley, tomo 2009 D. Buenos Aires. La Ley, pp. 78-85).

En conclusión, si partimos del principio de igualdad y no discriminación en consonancia con el derecho a formar una familia, cabe destacar que la gestación por sustitución se constituye como la única opción que tienen determinados ciudadanos para dicho fin. Es el caso de la Sra. N.G.C. y el Sr. M.J.PV. Lamm, al abordar esta temática, efectúa un planteo contundente al respecto: “(...) *la regulación de la gestación por sustitución se justifica sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Ante esto cabe preguntarse: ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados a que lo haga recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? Si la sociedad acepta que los donantes de esperma y óvulos no son padres, ¿por qué la gestación se presenta*

como «sagrada»? (...)» (LAMM, Eleonora; 2013; Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres; Universidad de Barcelona; p. 247).

Por último, y a modo de colofón, cabe rememorar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las actuaciones “Furlán y Familiares Vs. Argentina”, oportunidad en la que explicó: *“(...) la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho (...)”.*

En suma, conforme las circunstancias referenciadas, las cuales ponen de manifiesto una evidente falta de respuestas por parte del Estado en su faz legislativa con relación a la problemática desarrollada, se torna imprescindible la intervención del Poder Judicial a los efectos de evitar situaciones de discriminación indirecta y, de esta manera, actuar como garante de los derechos constitucionales abordados.

No debe perderse de vista que la Constitución Nacional únicamente otorga facultades legisferentes al Congreso de la Nación quedando al Poder Judicial la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de una norma. En este caso, el planteo de inconstitucionalidad formalizado

compromete el orden público familiar de modo que el análisis de la constitucionalidad del art. 562 del CCCN es una cuestión dirimente para resolver la presentación efectuada.

III) Sobre la validez constitucional del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación a la luz del planteo interpuesto. La voluntad procreacional como factor dirimente en los casos de filiación derivada de las TRHA. A los efectos de clarificar la problemática que se presenta con relación a la norma descripta, luce conveniente recordar la misma: *“Art. 562 CCCN.- 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”*. En consecuencia, cabe preguntarse si existe la posibilidad de conciliar dicha norma con la resolución arribada en estos autos. Con arreglo a lo referido, y efectuando una interpretación lineal del artículo involucrado, para el caso de resultar exitosa la práctica aquí autorizada, nos encontraríamos frente a una situación muy diferente con relación al verdadero deseo de los solicitantes, pues, a partir de una interpretación lineal del artículo abordado, el vínculo filial del niño o niña a nacer se entablaría con el Sr. M.J.P.V. y con la Sra. V.T., quedando al margen la Sra. N.G.C. La postura abstencionista adoptada por nuestro Código Civil y Comercial con relación a la gestación por sustitución también ha hecho mella en este aspecto.

Resulta incuestionable que la norma observada se transforma en un valladar a los efectos de que la Sra. N.G.C. pueda ver concretado su deseo y su derecho de ser madre a través de la TRHA objeto de autorización en las presentes actuaciones, circunstancia por la cual cabe determinar si el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación debe ser tachado de inconstitucional en el caso de autos. Afamada doctrina se ha expresado con relación a este extremo del siguiente modo: *“Si bien es sabido que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas; lo cierto es que la claridad meridional del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. es tal, que resulta dificultoso compatibilizarla con el ordenamiento jurídico sistémico, es decir, de acuerdo con las fuentes de interpretación previstas en el título preliminar, en particular, con los tratados de derechos humanos, sin tachar su letra de inconstitucional”* (HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia; 2018; Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales; Buenos Aires: Ed. La Ley, p. 537).

Ante todo, y a fin de determinar si efectivamente corresponde la sanción de inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN en el caso concreto, cabe adentrarnos en un factor elemental en el campo de las TRHA: la voluntad procreacional. Este nuevo elemento incorporado en la legislación argentina invita a repensar el instituto de la filiación bajo sus estructuras tradicionales, pues, a la

luz de lo expuesto, el parentesco se encuentra en un proceso de desbiologización. En este sentido, traemos a colación lo expuesto por Malaurie, quien afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad, pues tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva ("verdadero padre es el que ama"); la biológica ("los lazos sagrados"); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual ("para ser padre o madre es necesario quererlo") y la del tiempo ("cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo") (MALAURIE, Philippe; 2003; "La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, La semaine juridique, Núm 26, 2003. p. 546). Por otro costado, Dias, referente en el derecho de las familias de la República Federativa de Brasil –país pionero en abordar cuestiones del derecho filial a la luz de pautas que exceden al determinismo biológico-, ha expuesto que, si bien casi siempre la paternidad se identifica con la verdad biológica, el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo (DIAS, María B; 2009; Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales; Recuperado desde: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%
c3%b3n_socioactiva.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%c3%b3n_socioactiva.pdf?sequence=1)). Este novedoso y revolucionario camino que nos invita a recorrer el derecho filial contemporáneo trae consigo la incorporación de un elemento determinante en la materia: la voluntad procreacional. Indudablemente, ello va de la mano con la consagración

legislativa de las TRHA. En este orden de ideas, Lamm expone lo siguiente: *“De esta manera, y sin perjuicio de todo lo dicho, que importan nuevas concepciones que conllevan a un avance en la desmitificación de la importancia de lo biológico, también se deben tener en cuenta los nuevos referenciales que se presentan como consecuencia del uso de las TRA, y en virtud de los cuales ya no se puede buscar en la realidad biológica la identificación de los vínculos familiares (...) En paralelo con las expresiones usadas por varios referentes del derecho brasileiro, en la TRA se estaría ante una filiación socioafectiva, en la que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético (...) De modo que, en concordancia con la idea según la cual la relación de filiación debe ser consecuencia, más que de una relación genética o biológica, de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser en la voluntariedad”* (LAMM, Eleonora; 2013; *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*; Universidad de Barcelona; p. 49).

En consecuencia, resulta forzoso concluir en que el componente principal a los efectos de determinar la filiación de una persona nacida por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad brindada a los efectos de que esta nazca, lo cual luce consagrado por nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 562. Si partimos de dicha premisa, y en la medida en que encasillemos a la gestación por sustitución como una modalidad de TRHA –

circunstancia que luce indiscutible- no encontramos motivos que justifiquen un apartamiento de la regla general incorporada por la mencionada norma, en la cual, conforme se plasmó, la voluntad procreacional es el elemento relevante. No obstante, nos encontramos con un obstáculo no menor, que es la falta de regulación por parte de nuestra normativa de la figura de gestación por sustitución. Dicho impedimento complejiza la determinación de los vínculos filiales para el caso de las personas nacidas en virtud de la referida figura. Con relación a esto, Lamm explica lo siguiente: *“Hoy, a la luz de la gestación por sustitución, madre es querer ser madre, por lo que resulta injusto imponerle esa maternidad a la mujer que gestó sin deseo o intención de ser madre, especialmente si se tiene en consideración al niño que nace”* (LAMM, Eleonora; 2013; Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres; Universidad de Barcelona; p. 55). Entonces, el hecho de querer atribuir la maternidad a la persona gestante por esa única circunstancia luce inequívocamente desacertado, máxime cuando dicha maternidad no será tal en la vida del niño o niña a nacer. En este sentido, desde una visión interdisciplinaria, se advierte lo siguiente: *“No es posible comprender la idea de función, en este caso la materna, si al mismo tiempo no se entiende que ésta no existe como tal si no cuenta con otros campos adyacentes que la sostengan y sobre los que se pueda asentar, para que adquiera su cabal sentido (...) Utilizar el vocablo ‘biológico’ desde esta perspectiva para definir un estilo de madre o de maternidad arriesga a ceñir a esa mujer a una función materna, reproductiva,*

pero desconoce el campo de funcionalidades que la acompañan” (GIBERTI, Eva; 2010; Adopción siglo XXI. Leyes y deseos; Buenos Aires: Ed. Sudamericana, p. 45).

Inevitablemente, frente al escenario descrito emerge el siguiente interrogante: ¿Resulta factible proceder a la autorización de la gestación por sustitución en los términos que se ha solicitado sin efectuar consideración alguna con respecto a la validez constitucional del artículo 562 del Código Civil y Comercial? Si no otorgamos a la voluntad procreacional el espacio que hoy le corresponde en la esfera del derecho filial, indudablemente no se presentaría discusión alguna con relación a la mentada norma. Sin embargo, su consagración expresa en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia compele a este Tribunal a adoptar una postura con relación al mismo. En función de lo expuesto en el presente acápite, resulta indubitable que la constitucionalidad del artículo referido se encuentra en jaque, pues de las constancias de autos surge de manera incontrovertida la voluntad procreacional expresada por la Sra. N.G.C., la cual, a su vez, resulta inconciliable con el marco normativo vigente en nuestro país, circunstancia que no puede pasar por alto en el presente decisorio.

La suma de los aspectos abordados nos llevan a la inevitable declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues de desarrollarse la TRHA cuya autorización se petitionó sin dicho recaudo, arribaríamos inexorablemente a una situación de perjuicio real, grave y concreto respecto de los solicitantes, dado que los vínculos filiales se establecerían sin

tener en consideración la voluntad procreacional, vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a la salud sexual y reproductiva, y el derecho a fundar una familia que tienen reconocimiento convencional.

La solución aquí adoptada ha sido ya objeto de tratamiento por distintos tribunales de nuestro país. A modo de ejemplo recordamos algunos de los argumentos propiciados por el Juzgado de Familia de 5ta Nominación de la ciudad de Córdoba en las actuaciones “P. B. R. - T. V. - Solicita Homologación” al declarar la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión: *“(…) Se vulnera en primer lugar, el principio de igualdad y de no discriminación, consagrado en el art. 16 de la C.N., al obstar que para el caso de la TRHA nominada GS, sobre operatividad de la voluntad procreacional como fuente de filiación. La voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación, supone la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o ajeno, aunque acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Es precisamente lo que sucede en el caso de autos, en el cual, las partes acuden a la vía judicial para hacer efectivo el reconocimiento preventivo de una filiación, que, atento la letra del art. 562, se encuentran impedidos (…) Estimo conforme los citados fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales, en el caso que se trata, la cortapisa del art. 562 del CCCN, torna inconstitucional la directiva legal, debiendo declararse como tal”*.

A modo de cierre, y a los efectos de dotar de un mayor ropaje la medida excepcional aquí adoptada, desde que, conforme se indicó, siempre debe abogarse por la validez constitucional de las normas, traemos a colación lo esbozado por Lamm: *“Las situaciones nuevas no pueden resolverse intentado imponer viejas reglas; deben buscarse nuevas soluciones, acordes a las nuevas realidades y a las nuevas nociones de maternidad y paternidad”* (LAMM, Eleonora; 2013; Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres; Universidad de Barcelona; p. 55).

IV) Sobre el consentimiento informado como elemento dirimente en el campo de las TRHA. Su trascendencia a los efectos de la determinación de la filiación.

El artículo 59 del Código Civil y Comercial prevé: *“El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (...) Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal*

en contrario (...)". La citada norma pone de manifiesto la actual relevancia de la que goza el consentimiento informado en función de los avances médicos suscitados en las últimas décadas. En el caso de las TRHA cabe considerarla como "la otra cara de la moneda", pues representa la faz externa en lo que respecta a la determinación de la filiación por el uso de estas técnicas, a diferencia de la voluntad procreacional, la cual se constituye como la faz interna. Ello, a su vez, luce consagrado en el artículo 7 de la ley 26.862, el cual prevé lo siguiente: *"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"*. De la misma manera, los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación prevén: *"Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (...)* Art. 561.- *Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad*

sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Por otro costado, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha definido lo siguiente: *“La Corte considera que el concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual (supra párrs. 160 y 161). Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación¹⁹⁴, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral”* (Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia del 30 de noviembre de 2016).

El cúmulo de normas al cual referimos da cuenta de que estamos ante un elemento medular en el campo de las TRHA. Tal es así que la doctrina especializada en la materia ha puesto de manifiesto lo siguiente: “(...) *La dupla inescindible entre voluntad procreacional y consentimiento informado constituye el nudo gordiano de la filiación derivada de las TRHA, a tal punto que si se cuenta con ambas -siempre, de manera actual al necesitarse su renovación en cada procedimiento, o desde otro punto de vista, su habilidad para ser revocable hasta antes de producirse la transferencia del embrión en la persona- el vínculo filial que surge es inimpugnable (...)*” (HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia; 2018; Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales; Buenos Aires: Ed. La Ley, p. 467).

La magnitud del consentimiento informado en vinculación con las cuestiones que hacen a los derechos relacionados a la salud reproductiva es tal que ha sido objeto de valoración por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso “I.V. Vs. Bolivia” (Sentencia del 30 de noviembre de 2016). En dicho decisorio la Corte afirmó que el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo con su plan de existencia. Asimismo, estimó que la obligación de obtener el

consentimiento informado significará el establecimiento de límites a la actuación médica y la garantía de que estos límites sean adecuados y efectivos en la práctica, para que ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud, y para el caso de las mujeres, servicios de planificación familiar u otros relacionados con la salud sexual y reproductiva.

Por otro costado, cabe destacar bajo este acápite que el consentimiento informado no puede abordarse como una mera formalidad, pues se trata de un elemento dotado de un contenido preciso y concreto, desde que, al margen de su faceta contractual, implica tener un efectivo conocimiento de las consecuencias a las que las partes se someten en función de lo que representa una gestación por sustitución. A través de la prueba incorporada en la operación de fecha quince de diciembre del pasado año, se agregó un informe socioambiental correspondiente a la Sra. V.T., persona que se ha propuesto como gestante, el cual se constituye como un instrumento de suma trascendencia para evaluar las condiciones de esta. Del mismo surge lo siguiente: *“V.T., luego del nacimiento de su último hijo, decide ya no tener hijos propios y proceder a ligar sus trompas de Falopio. En su trabajo, empatiza con la situación de una compañera quien ya no podía gestar, pese a su deseo y conoce sobre el proceso de subrogación, ella le ofrece entonces ser gestante, sobre todo ante su experiencia de embarazos y partos sin dificultad, pero también lo entiende como un modo de retribuir a Dios por todo*

lo recibido (...) V.T. actualmente no tiene pareja, se encuentra trabajando en ***** desde hace 13 años, cuenta con casa y vehículos propios, se encuentra segura en su decisión conociendo los riesgo que implica el procedimiento y la tiene sin cuidado la mirada del otro sobre su decisión (...)”. Asimismo, de la misma operación se desprende un dictamen pericial psicológico correspondiente a la gestante, del cual podemos destacar lo siguiente: “Al momento de las entrevistas la Sra. V.T. presentó un psiquismo lucido, con comprensión de sí mismo y de la situación que nos convoca (...) La Sra. V.T. refirió haber recibido toda la información respecto del procedimiento, implicancias y riesgos, en un primer momento esta información fue brindada por el médico y luego fue leída en el acuerdo que firmo, el cual refiere haberlo tenido unos días en su casa, haberlo leído tranquila comprendiendo todo lo allí expuesto, acordando con ello y consintiendo someterse a dicha práctica (...) Todo lo expuesto permite inferir que posee los recursos internos necesarios para evaluar y valorar el surgimiento de posibles dificultades o factores de riesgo asociados a la práctica que conlleva a la autorización solicitada. Asimismo, desde lo discursivo refirió haber analizado estas posibilidades y todo lo que conlleva el proceso”. Los referidos dictámenes resultan concluyentes en cuanto a los elementos que hacen al entendimiento que se requiere por parte de la Sra. V.T. y sobre la comprensión de las implicancias de la intervención cuya autorización se persigue en estas actuaciones.

En función de lo expuesto hasta el momento se destaca el trascendental vínculo existente entre la voluntad y el consentimiento, pues, tal cual prevé nuestra legislación, será la voluntad procreacional debidamente materializada en un consentimiento informado, escrito y protocolizado lo determinante para el establecimiento del vínculo filial para casos como el de autos, circunstancia por la cual, sin perjuicio de las manifestaciones formuladas en estas actuaciones y del acuerdo que luce acompañado, la Sra. N.G.C. y el Sr. M.J.P.V., en su calidad de comitentes, y la Sra. V.T., persona propuesta como gestante, deberán suscribir ante el Centro de Salud interviniente el consentimiento informado en los términos previstos por el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación, todo lo cual luce imprescindible a los efectos de atribuir la filiación de la persona a nacer a los comitentes, pues son estos quienes quieren y desean la llega de un hijo o una hija a sus vidas, circunstancia por la cual deberán actuar en el sentido ordenado.

En suma, destacamos que el binomio conformado por la voluntad procreacional y el consentimiento informado resulta esencial a los fines de dar una respuesta certera para casos como el de autos, pues solo a partir de su conjugación es que se podrá arribar a la solución deseada en materia de filiación. En este sentido y a modo de cierre, traemos a colación lo expuesto por la Dra. Kemelmajer de Carlucci: *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos remarca que el Estado debe crear un mecanismo para establecer vínculos jurídicos con la madre de intención que no aportó los óvulos porque, insisto, el interés superior del niño*

supone identificar jurídicamente, sin dilaciones y eficazmente, a las personas responsables del cuidado, educación, crianza, etc. O sea, el margen de discrecionalidad del Estado se reduce a optar entre diversas vías, pero no puede negar ese vínculo, especialmente, si la relación legalmente establecida en el extranjero se ha convertido en una realidad práctica. O sea, la Corte impone a los Estados reconocer esta maternidad. Más aún, ese margen de discrecionalidad para la elección de la vía no es absoluto; está condicionado a que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible; en suma, el mecanismo de determinación debe ser eficaz” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; 2019; La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019, Publicado en: SJA 04/09/2019, Cita Online: AR/DOC/2419/2019).

V) Sobre la motivación de la persona gestante. Una aproximación al altruismo y a la autonomía de la voluntad como notas trascendentales en la gestación por sustitución. En un sentido amplio y general referimos al altruismo como una conducta voluntaria no motivada por la expectativa de recompensas externas. Sus implicancias con relación a la figura de la gestación por sustitución han desencadenado en innumerables debates, desde que lucen comprometidas circunstancias atinentes a múltiples disciplinas que exceden el campo del derecho. Con relación a esta temática, y en directa vinculación con la gestación por sustitución, se advierten tres corrientes doctrinarias, a saber: a) que

se pague a la gestante un precio o retribución; b) que se pague a la gestante una compensación, y c) que no se pague nada a la gestante. Cabe señalar con relación a ello que en el marco del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial se encontraba expresamente regulada la gestación por sustitución. El artículo 562, inc. f) refería como requisito a los efectos de la homologación judicial del acuerdo entre gestante y comitentes que la primera no haya recibido retribución. El argumento de dicha postura radicó en evitar situar al cuerpo humano como objeto de comercialización, pues ello implicaría ni más ni menos que la compra de una persona a nacer. Tal cual se adelantó, y a partir de un análisis de los debates actuales que existen en torno a la figura de la gestación por sustitución en las distintas disciplinas del conocimiento, nos encontramos con diversas posturas que emergen con relación a la dicotomía altruismo – interés económico. Sin perjuicio de ello, no resulta objeto del presente adentrarnos en dicho debate, sino considerar en concreto el caso que aquí nos ocupa. En este orden de ideas, de los informes periciales acompañados, emerge prístina la motivación altruista de quien concurre aquí como persona gestante. Del citado informe socioambiental, el cual fuera efectuado por la Lic. Doffo, se desprende lo siguiente: *“Hoy es una decisión libre 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 la pareja, empatizando con la misma y ofreciéndose como medio para concretar el proyecto familiar de la pareja”*. Asimismo, se advierte que esta postura altruista

adoptada se encuentra cabalmente reflejada en el marco del acuerdo acompañado a las presentes actuaciones, habiendo sido, a la postre, objeto de manifestación y ratificación por ante este Tribunal en el marco de la audiencia recepcionada el veinticuatro de febrero del corriente año. Cabe reiterar que no resulta esta la oportunidad a los fines de tomar postura con relación a cuál de las corrientes doctrinarias referidas luce como la más conveniente en torno a la figura abordada, sin embargo, sí corresponde destacar la loable postura colaborativa y altruista adoptada por la Sra. V.T. en su condición de gestante propuesta. Es decir, al margen de qué puede resultar lo más “justo” para quien reviste la condición de persona gestante, no encontramos ningún tipo de óbice que impida valorar de manera positiva la actitud adoptada por las partes en el caso concreto, máxime cuando de las pruebas producidas en estas actuaciones se advierte que quien ha comparecido a los fines de proponerse como persona gestante, ha manifestado desde la empatía una preocupación genuina con relación a la problemática que atraviesa la pareja comitente, lo cual la ha llevado a tomar una decisión que representa, sin duda alguna, un cambio sustancial para su vida en beneficio de personas hoy necesitadas.

Por último, a modo de cierre del presente apartado, no podemos perder de vista que aquí también se encuentra involucrado un principio sobre el cual nuestra actual legislación hoy realiza un especial énfasis: la autonomía de la voluntad. Esta pauta rectora se ha puesto de manifiesto en estas actuaciones con respecto a la totalidad de las partes involucradas y en distintas instancias del proceso. En

función de ello, y a modo de corolario de lo expuesto, nos remitimos al abordaje efectuado por doctrina especializada en la materia, la cual nos enseña lo siguiente: *“Resulta interesante la conceptualización del límite a la autonomía de las personas requirentes que se ha desarrollado en relación a los casos resueltos: La libertad de intimidad o autonomía de la voluntad implica ‘poder de decisión’, cuyo único límite es el considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona; y existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla”* (CURTI, Patricio; 2019; Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid, (38), 159–178. <https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.006>).

VI) El derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Su inmediata vinculación con el interés superior del niño como principio rector en el derecho filial contemporáneo.

Tal cual ha manifestado este Tribunal en innumerables ocasiones, el norte de todo decisorio en el cual se abordan cuestiones involucradas con niños, niñas y

adolescentes debe ser el interés superior de estos. La Convención de los Derechos del Niño consagró de manera definitiva el interés superior del niño como un principio de carácter universal, lo cual se ve reflejado en su artículo 3.1: *“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”*.

Cabe destacar que en función de la reforma constitucional del año mil novecientos noventa y cuatro, la cual otorgó jerarquía constitucional al señalado instrumento, el interés superior del niño como principio rector se vio encumbrado en nuestro bloque normativo. A su vez, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061) en su artículo 3 prevé lo siguiente: *“Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”*. En este sentido, no debemos perder de vista que en las presentes actuaciones lucen comprometidos aspectos que repercuten en materia de filiación e identidad con relación a una persona a nacer, motivo por el cual corresponde expedirse con relación a la solicitud de las partes sin perder de vista el citado criterio rector.

La trascendencia del principio abordado en función de la autorización que se persigue en el presente proceso es palmaria y manifiesta, pues resulta

incontestable que la única barrera en lo que refiere al deseo de tener hijos está representada por la circunstancia de evitar un daño sobre estos. En este sentido, la doctrina ha referido: *“La libertad y autonomía de los progenitores para escoger la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir encuentra su único límite en que ésta produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos y no garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación”* (PARODI, Lucía H.; 2020; La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la construcción jurisprudencial de la gestación por sustitución en Argentina; Recuperado de:

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/27775/29155>).

Por otro costado, y tal cual hemos referido, el legislador había previsto en el marco del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación el supuesto de la gestación por sustitución. Dicha figura gozaba de consagración normativa en el artículo 562, el cual contaba con ocho incisos que oficiaban de requisitos. El inciso a) destacaba lo siguiente: *“Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer”*. En consecuencia, el gran desafío pasa por comprender qué es lo que representa el mejor interés para la persona a nacer. Indudablemente, en aquellos casos en los que se solicita autorización judicial a los efectos de que se concrete una gestación por sustitución, encontramos en el derecho a la identidad el contenido de la directriz elemental a la que hemos referido.

Frente a aquellos supuestos en los que sucede una disociación entre la filiación biológica y la filiación determinada legalmente, emerge el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. Esto se constituye como un precepto primordial en materia de TRHA. A los fines de una mejor comprensión en cuanto a su relevancia, nos remitimos a la doctrina. Fernández Sessarego refiere lo siguiente: *“Tener y desarrollar nuestra propia identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros responde a un interés natural y existencial que debe ser protegido por el derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal”* (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; 2003; Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI; Recuperado de: <https://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm>). Por su parte, la Dra. De Lorenzi aborda el derecho a la identidad en conjunción con el derecho a conocer los orígenes de la siguiente manera: *“Cuando hablamos de los orígenes de una persona estamos haciendo referencia, sin duda, a su identidad. El concepto de identidad, lejos está de ser estático, pues remite a una noción en permanente hacer, redefinición, cambio y evolución; siendo, por tanto, un concepto dinámico. Si bien es cierto que el ser humano no nace con una identidad predeterminada, fija y consumada, al modo que lo hace con un grupo sanguíneo, una raza, un color de ojos, etc., también lo es que viene a este mundo portando una serie de características (biológicas, orgánicas, físicas, genéticas, etc.) que, unidas a las interrelaciones que entable con el medio exterior y con sus*

semejantes, construyen su identidad” (DE LORENZI, Mariana; 2016; El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?; Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140100>). De igual manera, De Lorenzi en su condición de autora especializada en la materia refiere lo siguiente: “El bienestar del hijo o hija se logra permitiéndole que desarrolle libremente su personalidad y para ello resulta imprescindible que pueda construir su propia identidad a partir del acceso a la información sobre su modo de concepción o las circunstancias de su gestación y/o nacimiento, pues el desarrollo de la propia personalidad no empieza con el nacimiento sino mucho antes. Comienza a elaborarse tanto con los recuerdos como con los conocimientos que sobre los ancestros se transmiten (...) El conocimiento de los orígenes no solo coadyuva a la formación de la identidad personal sino que además genera actitudes positivas en el establecimiento y desarrollo de las relaciones interpersonales (...) La sinceridad y el acompañamiento de los padres en la búsqueda de los orígenes son dos factores importantes para el bienestar de los hijos e hijas y para la estabilidad familiar en si (...) Mientras la investigación en el ámbito de las T.R.H.A.T. sugiere que los nacidos no muestran ningún problema respecto a su concepción, el descubrirlo por casualidad puede resultar devastador. Una de las formas más comunes de acceder a la verdad es por la revelación accidental que hace un familiar o amigo, hecho que se presente con frecuencia puesto que, como revelan los estudios sociológicos realizados, los

padres tienden a confiar este secreto con sus allegados. Fuera de estos casos, teniendo en cuenta el creciente rol de la genética en la actualidad y los conocimientos que sobre la misma se adquieren incluso desde el colegio puede suceder que esta verdad salga a la luz por cuestiones médicas, sea porque la persona lo descubra casualmente tras practicarse un análisis o una prueba o que lo sospeche o advierta por sí misma, Esta manera sorpresiva de acceder a los orígenes biológicos puede provocar sentimientos negativos, tales como prolongado estrés, ansiedad, angustia, enojo por no haberlo sabido antes, decepción, traumas y resentimiento por las mentiras y el engaño de los padres que desafían las relaciones familiares (...)” (DE LORENZI, Mariana; 2015; El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida -tesis doctoral-; Recuperado de: [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/96722/1/DE%20LORENZI TESIS.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/96722/1/DE%20LORENZI%20TESIS.pdf)).

En función de lo expuesto, se pone de manifiesto la preeminencia del derecho a conocer los orígenes, pues ello repercute de lleno en la conformación de la identidad de las personas que cuentan con una filiación legal diferente respecto de la biológica, situación que involucra a cualquier persona nacida mediante la técnica de gestación subrogada. En conclusión, podemos afirmar que el derecho a la identidad como derecho humano personalísimo en conjugación con el derecho a conocer los orígenes, representan para cualquier niño nacido en virtud de los

mecanismos derivados de las TRHA la mejor manera de concretar su interés superior. Como corolario de lo expuesto, retomamos los lineamientos formulados por la Dra. Eleonora Lamm: *“Así como sucede en la adopción, los comitentes deben comprometerse a que revelarán a su hijo que éste ha sido concebido gracias a la ayuda de la gestación por sustitución. Además, y para el supuesto que los comitentes no cumplan con este compromiso una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, podrá acceder al expediente que, como se vio, deberá conservarse por el organismo judicial”* (LAMM, Eleonora; 2012; Gestación por sustitución. Realidad y derecho; Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf).

Conforme los aspectos analizados, corresponde a la pareja comitente, una vez que la persona a nacer cuente con edad y madurez suficiente, informarle acerca de su origen genético y gestacional. Asimismo, la clínica en la cual se concretará la práctica que aquí se autoriza deberá mantener bajo resguardo toda la documentación que corresponda a la intervención, especialmente en lo referido a la información genética relacionada, la cual deberá estar a disposición de la persona a nacer de acuerdo con lo previsto por el art. 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En conclusión, conforme los fundamentos expuestos precedentemente y a luz del principio de tutela judicial efectiva, a los fines de garantizar el ejercicio pleno de derechos constitucionales fundamentales, corresponde receptar la solicitud de autorización formulada por el Sr. M.J.P.V., la Sra. N.G.C. y la Sra. V.T.

VII) Costas y honorarios. Atento la naturaleza de lo peticionado y la ausencia de controversia, las costas del presente proceso se imponen a cargo de la pareja comitente, Sra. N.G.C. y Sr. M.J.P.V. Los honorarios serán estimados a la luz de las reglas de la Ley N° 9459, entendiendo que resultara aplicable la previsión del art. 77, inc. 3° de la ley arancelaria citada. Teniendo en cuenta la entidad de la cuestión planteada, las tareas efectivamente realizadas por cada uno de los letrados intervinientes y la falta de contenido económico propio de la presente estimo justo y equitativo cuantificar los honorarios de la Dra. M.P.A.F. en el equivalente a ***** jus, es decir la suma de pesos ***** y de ***** jus para el Dr. M.F.O., es decir la suma de pesos *****.

Los honorarios fijados precedentemente devengarán intereses desde la fecha de esta resolución, los que se calcularán a la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina con más el 2% mensual (arts. 33, 35 y concs. Ley 9459). Por todo lo expuesto y de conformidad a lo establecido en los arts. 774, siguientes y concordantes del CPCC y arts. 658, 659, 660 y concordantes del CCCN, **RESUELVO:** **I)** Autorizar al Sr. M.J.P.V., DNI N° ***** y a la Sra. N.G.C., DNI N° *****, como comitentes, y a la Sra. V.T., DNI N° *****, como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todos a suscribir el consentimiento informado ante el Centro de Salud denunciado en autos en los términos del art. 560 y 561 del CCCN. **II)** Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN en este caso concreto por los fundamentos expuestos en los considerandos y, por lo

tanto, ordenar que el niño o niña que nazca de dicha práctica sea inscripto por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo del Sr. M.J.P.V., DNI N° ***** y de la Sra. N.G.C., DNI N° *****, debiendo expedirse el certificado de nacimiento correspondiente de acuerdo con el art. 559 del CCCN, a cuyo fin oportunamente líbrese oficio. **III)** Determinar que el niño o niña que pueda nacer de la práctica autorizada no tenga vínculo jurídico con la Sra. V.T., DNI N° *****. **IV)** Imponer a la pareja comitente, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño o niña sobre su origen gestacional cuando adquiriera la edad y grado de madurez suficiente para entender. **V)** Ordenar al Centro de Salud interviniente que se sirva resguardar la totalidad de la documentación relacionada con la práctica objeto de autorización en el presente decisorio, la que deberá estar disponible para las partes interesadas. **VI)** Ordenar que los únicos autorizados al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento y alta médica mediante- serán sus progenitores, Sres. M.J.P.V., DNI N° ***** y la Sra. N.G.C., DNI N° *****. **VII)** Imponer las costas a la pareja comitente y, en consecuencia, regular los honorarios definitivos de la Dra. M.P.A.F. en la suma de pesos ***** y del Dr. M.F.O., en la suma de *****, con más IVA pertinente para el caso de corresponder e intereses fijados en el considerando. Protocolícese y hágase saber.