

SANTA FE, 8 de febrero de 2019.-

AUTOS Y VISTOS: Estos caratulados: "**P. A.R. Y OTROS s/ Venia Judicial** " (Expte. Cuij N° 21-10702417-1), que se tramitan por ante éste Tribunal Colegiado de Familia N° 2 -Secretaria a cargo de la Dra. Braga- de la ciudad de Santa Fe; de los que;

RESULTA: Que A.R.P y C.A.P. inician- a través de apoderados- medida autosatisfactiva (fs 12) con el fin de obtener la autorización de gestación por sustitución a llevarse adelante con el aporte de su material biológico, en el vientre de la gestante, Sra. N.P.R., que una vez producido el nacimiento con vida del niño, se lo emplace filialmente en el estado de hijo de los comparecientes y se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño y su DNI con la filiación antes referida.

Que – expresan- constituyen una pareja estable desde el año 2013 y que registraron su unión convivencial el 23 de noviembre de 2017 (fs 5), que A.R.P. padece una patología denominada “ Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Houser”, que se caracteriza por la ausencia congénita de la parte superior de la vagina, útero y trompas. Que este cuadro se le diagnosticó cuando tenía 16 años, y desde ese entonces afrontó el hecho de que nunca podría ser madre, de que su capacidad reproductiva está limitada por su patología (puede generar óvulos con características normales para la fecundación), lo que significó una carga bio-psico-social. Que la evolución de la ciencia, permite la fertilización in vitro de sus propios gametos y la formación de embriones biológicamente conformados con los de su pareja. Que la consulta con

especialistas en Fertilización de alta complejidad determinó que la pareja se encuentra en condiciones aptas para realizar técnica de TRHA, siendo prescripto para su caso, la “crio preservación de óvulos”, para posterior embarazo mediante técnica de subrogación de vientre.

La pareja- conformada desde el 2013- luego de un noviazgo tomó la decisión de convivir, y esa unión se consolidó con proyectos y anhelos comunes, y entre ellos, la planificación familiar. Fue necesaria mucha contención para afrontar el diagnóstico médico y por tales motivos A.P. siempre recibió – y continúa haciéndolo- ayuda terapéutica.

Que la cooperación de N.P.R. – la gestante- es imprescindible, tiene 29 años, conoce a la actora desde los 6 años, cursaron juntas la escuela primaria y secundaria, se encuentra en pareja con J.M.C. desde el año 2007, quien es el padre de sus dos hijos V. de cinco años y A. de tres años, que nacieron por parto natural, siendo la primera vez que realizará una gestación por sustitución, motivada por el simple hecho de que su amiga pueda llegar a convertirse en madre y así forjar una familia. Que no es su intención procrear un hijo propio, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, por lo que es su voluntad gestar un bebé para sus amigos. Que posee buen estado físico y psíquico, plena capacidad jurídica, contó con asesoramiento jurídico y tiene pleno conocimiento que se compromete a gestar un embrión fecundado con gametos de los actores, así como a que se proceda a la transferencia dentro de un TRHA. N.P.R. reconoce la voluntad procreacional de los actores, así como la filiación biológica del niño por nacer, reafirmando que su

colaboración es pura y exclusivamente con fines altruistas, y en estrecha relación a la amistad que las une de toda una vida con su amiga, que se extiende a su pareja, y que todo ello es compartido por su propia pareja, padre de sus hijos.

Que refiere al marco jurídico, puntualiza la voluntad procreacional para la determinación de la filiación, señala el Principio de legalidad (art. 19 CN) , la eugenesia legislativa y económica que determina inequidad del derecho a ser madre, señala que las medidas autosatisfactivas son la vía procesal idónea, analiza la ley 26862 y concluye que ésta incorpora implícitamente la gestación por sustitución, como parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional, solicita correr el velo al paradigma de “ madre es quien da a luz” , el apartamiento de la presunción de filiación del art. 565 CCCN, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN. Que pone el acento en normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, afirmando que responde a la categoría de los tratados de derechos humanos consagrados en el art. 1, 2 y 3 del CCCN.

Que solicita la inscripción inmediata luego del nacimiento del niño, ofrece prueba, solicita se haga lugar a la pretensión, que se preserve la identidad de las personas involucradas en la presente y destaca que la demanda es firmada también por la propuesta gestante.

Que a fs 19 se reconduce la pretensión, teniendo por iniciada venia judicial – trámite verbal y no actuado- y se despachan diferentes medidas.

Que a fs 25 rola acta que da cuenta de la audiencia llevada

a cabo con los actores, la gestante y su pareja, los respectivos apoderados, el Defensor General, la Médica Psiquiatra infanto juvenil integrante del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial y la licenciada en Servicio Social, oportunidad en que se ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre.

Que a fs 29/34 obra agregado informe del Equipo Interdisciplinario.

Que a fs 36 a 41 se acompaña historia clínica de la gestante y de la actora y también ficha de control de la gestante respecto a sus dos embarazos anteriores. Que a fs 54 se agrega informe psicológico de la gestante, en tanto a fs 56/59 se adjuntan informes y análisis de laboratorio realizados, donde confirman que N. se encuentra en óptimas condiciones para llevar adelante un embarazo. Que a fs 63/67 se anexa la documentación de la institución – PROAR- de la ciudad de Rosario, prestador de su obra social - Jerárquicos-, quienes serán los que una vez autorizado el tratamiento, realizarán el procedimiento de fertilidad.

Que a fs 70 dictamina el Defensor General, a fs 76/78 se aditan informes de la licenciada en Servicio Social , quedando los presentes en estado de ser resueltos, y

CONSIDERANDO: Cabe aclarar que los temas a decidir se circunscriben a dos cuestiones:

I- La autorización de la gestación por sustitución a llevarse a cabo con el aporte biológico de la pareja conformada por A.R.P y C.A.P., en el vientre de la gestante N.P.R.

II- El emplazamiento del estado de hijo/a de los actores, que

se gestará en el seno de la gestante, mediante la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) con aportes de gametos y/ o embriones de los padres biológicos. Y la inscripción registral a nombre de éstos.

I- Abordando el análisis de la primera cuestión a resolver, es necesario aclarar que la gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) considerada como una figura compleja que en algunas modalidades, confronta los adagios romanos *partussequitumventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater sempercertaest* (la madre siempre es cierta), que importan suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad (conf. Famá, María Victoria “ La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal”, 2da edición ampliada y actualizada. Abeledo Perrot, Bs. As., 2001, p. 340). Este es el lineamiento seguido por los arts. 565 y 566 del CCy CN.

Ahora bien, “se utilizan diferentes términos para denominar esta realidad, siendo las más usuales: la gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes. Siguiendo la terminología adoptada por el anteproyecto presentado , me inclino por la denominación “ gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante , precisamente gesta

un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético” (Lamm, Eleonora “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Consejo Nacional de Investigaciones científicas y Técnicas Argentina. In Dret Revista para el análisis del derecho . Wwww.indret.com, Barcelona 2012)

La cuestión se centra en que el caso traído a resolver no cuenta con regulación expresa del CCCN, y que involucra cuestiones relativas a la filiación y su determinación, al acceso a las TRHA, la gestación por sustitución, el derecho a la identidad y el derecho a la vida familiar y que por imperio del art. 3 del CCCN, no puede dejarse sin respuesta jurisdiccional.

Frente a la gestación por sustitución, existen tres posiciones en el derecho comparado: 1) abstención, 2) prohibición, 3) regulación. Argentina adoptó una posición abstencionista, al eliminar del texto definitivo del CCCN la expresa regulación efectuada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, que en el art. 562 regulaba la gestación por sustitución.

Ahora bien, no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución es contradictorio con el sistema normativo global argentino porque la voluntad procreacional guarda relación con la ley 26529 (Derechos del Paciente), la ley 26485 (Protección integral de

las Mujeres), entre otras,

Sin embargo, la gestación por sustitución no ha sido prohibida y consecuentemente corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 CN). Así se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015). En la Comisión 6 de Familia sobre “ identidad y filiación” al tratarse la gestación por sustitución , se concluyó en forma unánime que “ aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.

Es evidente que el caso planteado debe resolverse conforme a las normas del CCCN, en armonía con el llamado bloque de constitucionalidad y la interpretación de las normas deberá partir en principio del texto de la ley como determina el CCCN en sus arts. 1 y 2 y como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia (CSJN, fallos 326,4909).

El CCCN regula en el título V las fuentes de la filiación: por naturaleza, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), y reconoce que una cantidad cada vez mayor de niños nacen gracias al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, y evidentemente es una realidad que no se puede silenciar (conf. FARNÓS AMORÓS, Esther “consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposiciones de embriones. Arelier. Barcelona. 2011, p.19).

Cada año, millones de parejas infértiles recorren este camino real y eficiente para lograr ser madres y padres. Suecia ha sido

el primer país europeo en regular esta práctica médica en 1984, después fue España en 1988, y así se fueron sumando una gran cantidad de legislaciones en el Derecho Europeo. Sin embargo este desarrollo legislativo no ha sido tan masivo en América Latina, si bien comienza a perfilarse y en el ámbito nacional es una práctica cada vez más extendida y ahora se cuenta con la ley 26862, publicada en el Boletín Oficial el 25 de junio de 2013, reglamentada mediante el decreto 956 del 19 de julio de 2013.

La realidad del uso de las TRHA en el país nos la demuestran la gran cantidad de fallos dictados que además nos permiten inferir las consecuencias negativas de tener que judicializar ante la falta de una legislación que resuelva los diferentes conflictos que se plantean.

Asimismo se debe tener en cuenta que la especialidad, particularidad o autonomía de las TRHA por lo cual se ha regulado en el CCCN como un tipo filial con caracteres propios se deriva de lo normado por el art. 19 en relación a la existencia de la persona humana. Este artículo alude de manera expresa a dos cuestiones: 1) la existencia de la persona humana 2) la expresa derivación a la ley especial para regular, entre otras tantas cosas, qué protección se le otorga a los embriones no implantados. Como puede advertirse, ya desde los primeros artículos del CCCN se asevera que el uso de las TRHA presenta elementos propios que ameritan una regulación autónoma.

La ley 26862 y su decreto reglamentario 956/2013 regulan el acceso a las TRHA y nos permite sostener que la posibilidad de

acceder a la maternidad/paternidad para satisfacer el derecho humano a la vida familiar, no puede estar supeditada a la interpretación judicial.

La ley referida, en su primer artículo define el objeto, adoptando una concepción amplia, que involucra no sólo técnicas sino los diferentes procedimientos que coadyuvan a las diferentes prácticas médicas que encierran los tratamientos de TRHA y fundado en el principio de igualdad y no discriminación, no se centra en la noción de “infertilidad” sino en el derecho al acceso para alcanzar la maternidad/paternidad. Esto también queda plasmado en uno de los “considerandos” de la reglamentación. En el artículo 2 define qué se entiende por reproducción médicamente asistida, y lo hace con amplitud, debido al mencionado principio de igualdad y al cumplimiento de compromisos asumidos en el ámbito internacional, siendo de aplicación obligatoria al formar parte del denominado “bloque de constitucionalidad federal”

Para la regulación de cada una de las fuentes filiales, se ha tenido en cuenta -como en toda la edificación de la nueva legislación civil- la obligada perspectiva constitucional- internacional, o sea, de la constitucionalización del Derecho Privado. Ese marco es necesario para comprender con mayor profundidad los principales cambios que recepta el Código, basado en diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados, que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño(art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26061.2) el principio de igualdad de

todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (art. 7 y 8 de la CDN , art. 11 de la ley 26061 y art. 4 de la ley provincial 12.967) 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica, 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo, 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Un antecedente - el primero dictado en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida- es el resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 14 de julio de 2010 en “ Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, que sostuvo la prohibición de la práctica de fecundación in vitro, constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada familiar (art. 11 de la Convención Americana) y a conformar una familia (art 17), amén de la consecuente violación al derecho de igualdad(art 24). Al respecto es dable recordar que la Corte Federal en el caso “ Mazso” (Fallos 330:3248) enfatizó que “ la interpretación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”..

La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una posición amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica y analizó cuatro sistemas de derechos humanos: el interamericano (Convención Americana y

Declaración Americana); el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño); el europeo y el africano.

Según la Corte se debe posibilitar la FIV a las personas cuyo único tratamiento posible contra la infertilidad es éste, protegiendo los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia, poniendo principal énfasis sobre el respeto al principio de igualdad y no discriminación. Sobre este punto, se profundiza en cómo la interferencia ilegítima por parte del Estado tiene un impacto directo en: las personas con discapacidad, los estereotipos de género y la situación económica, lo que genera verdaderas situaciones de desigualdad.

En definitiva, la filiación mediante el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales; se configura como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con absoluta independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. Es decir,

que el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el vínculo entre ella y el niño/a nacido/a mediante el uso de las técnicas que estamos analizando, sino quien o quienes han prestado consentimiento al sometimiento a ellas.

En conclusión, el vínculo filial se establecerá respecto del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561 del CCCN, el que además debe ser debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, razón por la cual, debe acompañarse el consentimiento médico protocolizado o certificado para la inscripción.

Este consentimiento previo, informado, libre y formal es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA. “ ... Cabe destacar que el artículo 560 no habla de mujer, sino de “quien dio a luz”, en concordancia con ella Ley 26743 de Identidad de Género, atento a que como esta ley no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, perfectamente pueden presentarse, y ya se han presentado en nuestro país, hombres embarazados, que han acudido o no a las TRHA” (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras “ Tratado de Derecho de Familia” Según el Código Civil y Comercial de 2014. T° II, arts. 509 a 593, p. 56, Editorial Rubinzal- Culzoni, año 2014) .

A la luz de todo lo expresado, considero admisible la solicitud de autorización peticionada, y a fin de garantizar la efectividad del derecho de acceso a justicia (100 Reglas de Brasilia), corresponde abocarse al análisis de la prueba aportada a esta causa con el objeto de

determinar si se encuentran reunidos todos los recaudos que determinarían el otorgamiento de lo pretendido.

En relación a la gestante se ha evaluado y corroborado a través de los certificados y copia de historia clínica agregadas a fs 37/41, informe psicológico (fs 54/55), estudios y análisis de laboratorio (fs 57/59)- todos ellos realizados en el Hospital José María Cullen- donde confirman que N. se encuentra en condiciones óptimas para llevar adelante un embarazo, informe socio- ambiental efectuado por la Trabajadora social de esta sede (fs 77), evaluación del equipo interdisciplinario de la Corte Suprema de Justicia , asimismo que “ ... se pudieron detectar características de la relación entre ambas ,la existencia de un vínculo previo a la posibilidad de la subrogación gestacional...” (fs 30 vto) “ ... Esta entrega de N. para con A. se encuentra atravesada por un fuerte sentimiento altruista, donde la recompensa es verla feliz a ella y a su marido al haberles posibilitado contribuir a la gestación de su hijo” “... N. considera que de esta forma colabora con su amiga a poder tener y crear su propia familia, lo que la hace sentir orgullosa en ayudar...” (fs 31) “...N. de sus características psicológicas se observó en la joven una fuerte incidencia del altruismo, sentimiento que promueve y facilita acciones por y para el beneficio del otro...” “... se observaron rasgos de una personalidad flexible con capacidad de adaptarse a las diferentes circunstancias, donde predominan sentimientos positivos y estilo de consideración de la realidad optimista” fs 34). Del informe psicológico efectuado por María Emilia Tamborenea puede leerse textualmente que N. “ manifiesta

alegría y convencimiento al relatar el momento en que tomó la decisión.. además de referir un gran cariño y genuina amistad con A. y C.... "... se observa en N. sanos y consolidados vínculo de pareja y familiares... se muestra tranquila y segura respecto al acompañamiento que les brindarán a sus hijos, sabiendo cómo manejar la información brindada, la contención emocional y el manejo de las ansiedades de los pequeños... No se observa mayor estrés o angustia respecto al embarazo, al vínculo de amistad con la pareja de A. y C. ni con el posterior desprendimiento del bebé gestado. Manifiesta una coherente y genuina visión del futuro, esperable y adaptativo a los resultados que se esperarían de dicho proceso, con saludable conciencia del duelo que conllevará el desprendimiento del niño al nacer. No se observa angustia ni duda alguna, por el contrario manifiesta total conciencia del límite de su vínculo o sentido de pertenencia" (fs 54/55). Cabe agregar que de fs 77 vto surge que N. toma con mucha naturalidad y como acto de amor lo que piden realizar y que cuenta con el apoyo y acompañamiento de su pareja J.M., desde un principio.

La actora a fs 7/10 ha acreditado la patología que padece - Síndrome de Mayer- Rokitansky-Kuster-Hauser, la constitución de la pareja (unión convivencial) a fs 5, historia clínica (fs 36) y que los ovarios se encuentran en óptimas condiciones para que la fecundación se lleve a cabo con su óvulos y los espermatozoides de su pareja.

Debo destacar que en la audiencia llevada a cabo a fs 25 he tenido la oportunidad de comprobar el fuerte vínculo afectivo que une a la actora con la gestante, que son amigas desde que tenían 6 años, que

afrontaron juntas las alegrías y pesares de la vida, que la gestante es una persona generosa hasta el extremo de provocar una intensa emoción en esta magistrada, y que el amor entre las amigas de la infancia es sólido, solidario, indestructible. Ese vínculo han sabido hacerlo extensivo a sus respectivas familias, de manera que sus parejas y los hijos de N. conforman una familia consolidada en el afecto y el apoyo mutuo.

No he escuchado a los hijos de la gestante, V de cinco años y A. de 4, en razón de su corta edad, pero la información de el procedimiento a realizarse será abordado con ayuda terapéutica y de manera gradual (fs 77 vto), con el objeto de no generar ansiedad en ellos.

Resta considerar si todo lo realizado responde al superior interés del/ la niño/ a aún no concebido/ a , pero que ineluctablemente y como consecuencia de la técnica que autorizaré - descuento que será realizada con éxito-, ocurrirá su nacimiento.

En el caso rige el principio rector en la materia relativo al interés superior de los niños y que ha sido reconocido como principio fundamental por el art. 3 CDN, art. 3 Ley Nacional 26.061, art. 4 ley Provincial 12.967, art. 706 CCCN., aún cuando en este momento no ha sido concebido, debemos tutelar “ una nueva categoría o condición de “ niño por gestar” (Brunetti, Andrea en “H.; M.E. Y Otros s/ Venias y Dispensas”, Rosario, 05/12/17), o hijo genético de A. y C. por gestar .

Si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado no es menos cierto que el/ la hijo/a genético de A. y C.

no va a poder estar en este mundo de no ocurrir la gestación por sustitución por parte de quienes quisieron ser padres y desearon intensamente su existencia, y fue tanto lo que lo quisieron que no pudiendo engendrarlo de otra forma recurrieron a la que están peticionando, afrontando con mucho valor las dificultades legales, económicas, fácticas, etc.

La concreción del superior interés del niño, de un/a recién nacido/a, va más allá e implica tutelar efectiva y oportunamente el derecho a : 1) conceder a los padres - que como analizaré más adelante serán emplazados en tal estado respecto al/ la recién nacido/ a - la correspondiente licencia por maternidad, sin perjuicio de que no hayan podido acreditar la existencia del embarazo y de la madre gestante- si para ese momento tuviere un trabajo en relación de dependencia- , porque si bien no va a contar con la documentación necesaria para acreditar que ha dado a luz, ha atravesado el proceso de embarazo y parto y no podemos obviar las consecuencias físicas y emocionales que ello ocasionará. 2) Disponer la obligación de la Clínica donde se llevará a cabo el procedimiento que mantenga reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica a realizarse, especialmente lo referido a los datos de información genética para que esté disponible si lo requieren los padres o el/la niño/a por sí - y sin perjuicio de la posibilidad de revelarse la identidad de la donante por razones fundadas, previa evaluación del juez (cfr. ley 25.326 de Protección de Datos Personales), a fin de proteger del derecho a conocer el origen gestacional (arts 7 y 8 de la CDN y art 563 y 564 CCCN) 3) el derecho

del/la niño/a a ser inscripto que analizaré en el punto siguiente.

En el caso de autos, he corroborado que existe conformidad de todos los involucrados prestada mediante un consentimiento informado a fs 25, oído lo expuesto por la Defensoría General a fs 46, 50, 52 y 70, encontrándose comprobada la existencia de las condiciones requeridas para la procedencia de la autorización, y que esta responde a la protección del interés superior del niño/a por gestar, con fundamento en las normas precedentemente invocadas, entiendo corresponde hacer lugar a la autorización peticionada para la realización de la gestación por sustitución a llevarse adelante con el material genético aportado por A R P y C P, en el vientre de la gestante , N P R.

II- Entrando en el análisis del segundo punto, es decir la pretensión de la inscripción inmediata del/la niño/a luego del nacimiento como hijo/a de los actores, fundándose en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme al art. 558 del CCN, derecho de todo niño/a ser inscripto/a en forma inmediata a su nacimiento (arts. 7 y 8 CDN), la no discriminación (art. CDN) y tratados de derechos humanos que en nuestro sistema revisten jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75 inciso 22 de la CN.

Los demandantes solicitaron a fs 14 la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN y su fundamento se encuentra en que dicha norma dice expresamente que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz, es decir no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado la voluntad procreacional, mediante el consentimiento informado.

Debemos resaltar, a fin de analizar lo antes expresado, la diferencia del derecho a la identidad, que en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen, del derecho a la filiación, que refiere a la prerrogativa de toda persona de acceder al emplazamiento en el doble vínculo, el cual puede fundarse en el elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA) (Kemelmajer de Carlucci, A, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2003 en el caso ODIEVIE c/ FRANCE", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 26, Buenos Aires, Lexis Nexis - Aveledo Perrot, 2004, 77).

Efectivamente en los casos del TRHA, el derecho a la filiación se determina en razón del elemento volitivo -voluntad procreacional- sin considerar la concurrencia de nexo biológico (art. 558 del CCCN).

Es evidente que la voluntad procreacional es el eje a partir del cual se determina -a partir del deseo de tener un hijo o hija- la filiación. El elemento central, concluyente y base es la voluntad de ser padre o madre, por lo que cabe concluir que el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional con total prescindencia de a quién pertenece el material genético.

De manera tal que el art. 562 del CCCN no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución puesto que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA. Al no regularse la

gestación por sustitución, el Código no se apartó de la regla “que la madre sigue al vientre”. Asimismo resultaría contradictorio aplicar la regla del art. 562 del CCCN a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro II, Título V, reconoce a la gestación procreacional como determinante del vínculo filial, además de implicar una grave vulneración al derecho a la filiación del niño/niña que nazca como consecuencia de este tipo de técnicas, al obligarlo/a a mantener una relación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado previo y fehacientemente. También constituiría una grave vulneración a los derechos de la mujer no gestante que hubiere otorgado su voluntad procreacional en un claro trato desigualitario y discriminatorio, también implicaría una seria afectación al derecho de libertad y privacidad, obligándola a ser madre cuando precisamente su voluntad es de no serlo.

En razón de todo lo expuesto, la filiación del niño/niña -que como consecuencia de la realización del TRHA que por el presente se autoriza- se determinará a través de la voluntad procreacional manifestada en el consentimiento previo, libre e informado, conforme lo estipulado en el art. 575 del CCCN. Esa voluntad ha sido expresada en autos (a fs. 25), donde asimismo consta la falta de voluntad procreacional en la gestante; de manera tal que, no dándose en la hipótesis los presupuestos que pueden hacer viable el pedido de declaración de inconstitucionalidad, habré de rechazarlo. Consecuentemente ordenaré que el niño/niña nacido por la técnica asistida antes mencionada sea inscripto/a, cuando ocurra el nacimiento

como hijo/a de A R P y C A P (arts. 558 y 575 del CCCN, 2.1,2.1,7 y 8 de CDN, arts. 12 y 28 de la Ley Nacional 26.061 y art. 7 y 26 de la ley Provincial 12.967).

Por los fundamentos antes expresados;

RESUELVO: I) Autorizar a A R P y a C A P, como comitentes y a N P R 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 conforme lo normado por el art. 560 del CCCN.

II) Ordenar que el niño/a que naciera de esta práctica, sea inscripto como hijo/hija de A R P y C A P, debiendo el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personal correspondiente, expedir el Certificado de Nacimiento respectivo de acuerdo a lo prescripto por el art. 559 del CCCN, a cuyo fin se librarán los oficios pertinentes.

III) Imponer a los progenitores A R P y C A P, el deber de informar -en caso de producirse el nacimiento- al niño o niña sobre su realidad gestacional, cuando alcance la edad y el grado de madurez suficiente.

IV) Disponer la obligación de la Clínica donde se llevará a cabo la técnica de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada, en especial en lo referido a los datos sobre la información genética, para que esté disponible si lo requieren los padres o el/la niño/niña por sí y sin perjuicio de la posibilidad de revelarse la identidad de

la donante por razones fundadas, previa evaluación del juez.

V) Conceder licencia por maternidad a C A P y A R P así como a N P R por las razones expuestas en los considerandos precedentes.

VI) Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN.

VII) Imponer las costas a los actores A R P y C A P.

Insértese el original, agréguese copia, hágase saber y oportunamente archívese.-

Gpm/M