

## DATOS DE LA CAUSA

Sede: Ciudad de Córdoba

Dependencia: Juzgado de Familia de Quinta Nominación

Autos: "A. S. M. I. y otros - Solicita homologación"

Resolución: Auto n.º 109

Fecha: 13/3/2020

Jueza: Mónica Susana Parrello

Análisis documental: Virginia Casaletti (redactora), Guadalupe Soler (supervisora) y Susana María Squizzato (tutora)

## SÍNTESIS DE LA CAUSA

Los actores solicitaron la homologación de un convenio sobre práctica médica de técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución. Además, peticionaron que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona o pareja comitente quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. Asimismo, solicitaron se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial (CCC). La jueza hizo lugar al pedido. Declaró la inconstitucionalidad del citado artículo y fundó su decisión en la incorporación de la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales.

## SUMARIOS:

**GÉNERO. PERSPECTIVA DE GÉNERO. Decisiones judiciales. Implicancias.**

Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación, si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier otro proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género. El concepto de género -comprensivo de ambos sexos- consiste en una construcción social que se genera, mantiene y reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura. La mirada de género es importantísima para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte del entendimiento del concepto mismo, no se logra visibilizar la necesidad de una tutela adecuada.

GÉNERO. PERSPECTIVA DE GÉNERO: Aplicación judicial. Juzgar con perspectiva de género. Respuestas judiciales justas.

El género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados. Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas. Esto no sólo da una respuesta al problema individual; sino que avanza más allá, permitiendo una visibilización de la problemática.

DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL: Noción. Límites: Daños a terceros. DERECHO A LA PRIVACIDAD. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. Noción.

El derecho a la autonomía personal - libertad de intimidad, es el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros. Este derecho se encuentra contenido en el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la CN. El derecho a que se respete la vida privada y familiar es aquel que poseen las personas a que el desarrollo de su proyecto de autorrealización, que lleva implícita la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, se encuentre exento de todo tipo de injerencias arbitrarias. Se encuentra recogido en el marco jurídico internacional por los arts. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

DERECHO A PROCREAR. VOLUNTAD PROCREACIONAL: Carácter. Principio de autodeterminación. Recepción normativa.

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

de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre.

**DERECHOS HUMANOS. DERECHO A LA SALUD:** Derecho a la salud sexual y reproductiva. **TRATADOS INTERNACIONALES.**

El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 14-2000). Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra la CN. El Estado argentino tiene la obligación internacional de: 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva, 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

**DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO:** Derecho a la integridad física. Derecho a la integridad psíquica y moral.

El derecho a gozar los beneficios del progreso científico comprende que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual.

**FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:** Noción. **CONSENTIMIENTO INFORMADO.** Carácter.

Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas

de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley n.º 26529 (ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: FALTA DE REGULACIÓN LEGAL: Efectos. DISCRIMINACIÓN: Discriminación de la mujer.

El hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la Ley n.º 26862) no puede -desde una obligada perspectiva de género- constituirse en un valladar para el acceso a una TRHA, so pena de convalidarse un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- (arts. 1; 2; 3; 5; 12 inc. 1; art. 16 inc. 1 pto. e) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belem Do Pará- (arts. 1; 4 incs. a, b, c, f).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. FACULTADES JURISDICCIONALES.

Los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supra legalmente. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, no debe perderse de vista que en el reparto de competencias que la Constitución Nacional establece al organizar la república, veda a los jueces la posibilidad de crear derecho, es decir, no se les otorga facultades legisferantes propias del Congreso de la Nación, recordando que tanto el Congreso, como el Poder Ejecutivo en los distintos estadios de formación de las leyes necesariamente realizan un test de constitucionalidad y de convencionalidad para que la nueva ley, no avance sobre normas de jerarquía superior, puesto que de lo contrario se conduciría a un caos normativo.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Poder Judicial.

En última instancia y en las facultades conferidas al Poder Judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, que a la postre es la máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los jueces para así decidirlo, lo contrario significaría una auto atribución de facultades incompatibles con un sistema republicano. Indudablemente para analizar si una norma es o no constitucional se debe valorar además de la situación jurídica, el momento y en entorno social en que se formula el planteo, o bien, desde que oficiosamente el juez decide expedirse sobre la cuestión.

FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Noción. Requisitos. VOLUNTAD PROCREACIONAL. Asistencia médica.

La gestación por sustitución implica un acuerdo de voluntades en el que una o dos personas aportan material genético propio o de terceros (comitentes) y una mujer que llevará adelante un embarazo (gestante), utilizando para ese proceso una de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La gestación por sustitución debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de fertilización asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una voluntad procreacional, elemento estructural de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el art. 562 del CCC. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible realizarla con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual.

FILIACIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Falta de regulación. VACÍO LEGAL: FACULTADES JURISDICCIONALES.

La gestación por sustitución no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial (CCC) al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la Ley n.º 26862 (Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida). Sin embargo, tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. La falta de regulación de la gestación por sustitución no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. Ante el silencio legal los jueces deben ser quienes ante cada caso en concreto tienen que pronunciarse acerca de la legalidad de la práctica que se realiza y en definitiva determinar la filiación de los hijos/hijas nacidos/as por las técnicas de reproducción humana asistida.

FILIACIÓN. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Atribución de maternidad: Inconstitucionalidad.

Corresponde expedirse favorablemente sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del CCC, pues al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz al niño nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, impide a la aportante del material biológico, mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de dichas técnicas. Sin remover ese obstáculo legal, la pretendida autorización de gestación por sustitución no resulta viable, toda vez que queda resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que a la persona humana nacida mediante una TRHA y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone y determina la filiación materna de la persona que dio a luz.

FILIACIÓN. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Atribución de maternidad: Inconstitucionalidad.

El art. 562 del CCC no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, toda vez que si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional. La injusticia que deviene por aplicación de dicho precepto es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes si quieren serlo, desde siempre, y además, son sus reales progenitores.

FILIACIÓN. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Decisiones judiciales. Eficacia.

Aun cuando al tiempo del dictado de la sentencia no se encuentre realizada la práctica médica de técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, la eficacia de la decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse.

FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. VOLUNTAD PROCREACIONAL: Efectos. RESPONSABILIDAD PARENTAL. Derechos y obligaciones de los padres.

La voluntad procreacional de quienes soliciten la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución es el elemento volitivo que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental. Quienes la solicitan deben asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.

FILIACIÓN. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. PADRES Y GESTANTE. Licencias laborales. Procedencia.

Siendo que para el ejercicio de la función materno/paterno filial de los progenitores se debe poder contar con tiempo de licencia laboral, corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a. Con respecto a la gestante y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia -en caso de que se encontrara laborando en relación de dependencia- en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que rige en cada caso.

Auto n.º 109, del 13/3/2020.

Córdoba, trece de marzo de dos mil veinte. Y VISTOS: Estos autos caratulados "A. S. M. I. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACIÓN- EXPTE. XXXX" que tramitan por ante este Tribunal de los que resulta que: 1) A fs. 1/30 comparecen los Sres. N. A. S., DNI XXXXX; M. I. A. S., DNI XXXX y J. D. R., DNI XXXX por derecho propio -con el patrocinio legal de los Dres. R. G. L. y F. C.- y manifiestan que vienen a solicitar la homologación del acuerdo presentado y se declare a tal fin la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, alegando que el mismo atenta contra derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Peticionan esto dada la imposibilidad de la Sra. N. A. S. de gestar y que la gestación por otra mujer - en este caso J. D., amiga- se convierte en la única técnica de reproducción humana asistida (TRHA) idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar. Invocan que la petición está avalada con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "A. M. y Otros (FIV) vs. Costa Rica". Refieren bajo el acápite "hechos" que hace más de 10 años, comenzaron una pareja (M. y N.), siempre teniendo en mira la posibilidad latente de ampliar su familia y así poder disfrutar de los niños, y que contraen matrimonio del día 19/10/2013. Refieren que, de dicha unión

nació una hija M. P. A. S. de tres años, que en oportunidad de su alumbramiento la Sra. S., sufrió “embolia de líquido amniótico” debiendo haber sido intervenida quirúrgicamente. Como consecuencia de dicha complicación se le tuvo que extirpar el útero, razón por la cual no puede engendrar. Expresan que habiendo advertido tal práctica y luego de diversas charlas de familia con J. (amiga de la infancia de N. y madre de cuatro hijos de 11, 9, 7 y 4 años) y su pareja N. A. C. - juntos hace 12 años-, ésta se ofreció a ser “Gestante Sustituta”, que en reiteradas ocasiones, hablaron del tema, ya que ser portante de un embarazo y más si es ajeno, conlleva sus complicaciones, pero aquella demostró un altísimo grado de convicción y seguridad destacando reiteradas veces que cuidaría al menor por nueve meses, y que no tiene interés de volver a ser madre, siéndolo ya de cuatro hijos. Aclaran que la falta de interés económico y el amor familiar exteriorizado por el altruismo del acto de J. D. R., al ofrecerse voluntariamente a ser gestante sustituta, condujo a que se asesoren médica y jurídicamente para poder llevar a cabo la gestación por sustitución. Agregan que se realizaron estudios médicos, a los fines de poder realizar la práctica, concernientes a determinar la fertilidad de los espermatozoides de M. A. S., la fertilidad de los óvulos de N. A. S. y la aptitud física de J. D. R. para portar el embarazo. Describen que el procedimiento de fertilización mediante inyección intracitoplasmática (ICSI) -gestación por sustitución- es un tratamiento de alta complejidad que se desarrolla en distintas etapas y tiempos y que a grandes rasgos cuenta con una primera etapa en la que se evalúan las condiciones y calidad de los gametos de cada miembro de la pareja. Continúan manifestando que determinada la viabilidad de los mismos, se inicia la estimulación ovárica mediante la administración de inyecciones para que en ese proceso de ovulación inducida se produzcan ovocitos en un mayor número que el natural y sean retirados (recuperados), para luego ser sometidos al proceso de fertilización con la técnica ICSI y que una vez concretada la unión de los gametos, se inicia un tiempo de espera de algunos días en el que se controla el desarrollo del proceso de división celular y cuando el número de divisiones le permite alcanzar la condición de “blastocisto” es transferido al útero. Manifiestan que tras esa transferencia se inicia el proceso, ya en forma natural, en el que el blastocisto se implanta (adhiera o anida) en la pared del útero con lo que se considera que ha dado inicio al embarazo. Destacan que el embrión sería obtenido con los gametos de los padres intencionales (M. I. A. S. y N. A. S.), y este sería posteriormente implantado en el útero de la gestante sustituta (J. D. R.), conformándose así la práctica de la gestación por sustitución. Seguidamente exponen los fundamentos jurídicos y principios aplicables que avalan la petición, entre ellos: principio de reserva, autonomía de la voluntad, voluntad procreacional, interés superior del niño, derecho a la



identidad, citando expresa normativa a tal fin. Detallan los derechos agraviados que justifican la homologación y el pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, tales: derecho a la vida y la libertad reproductiva, a la salud, igualdad y no discriminación, derecho al goce de nuevas tecnologías, derecho a la protección familiar, derecho a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Destacan las razones que conducen a la tacha de inconstitucionalidad impetrada, con cita de expresa normativa legal y jurisprudencia al efecto, la que tengo por reproducida en honor a la brevedad. En definitiva solicita se les otorgue autorización requerida para proceder legalmente a la realización de los procedimientos médicos, y que asimismo, de nacer con vida el menor, se ordene la inscripción al Registro Civil de las Personas, en condición de hijo de N. A. S. y M. I. A. S.. Ofrecen prueba documental y hacen reserva del caso federal.

2) A fs. 32/34 se glosa copia certificada del "Acta de compromiso Gestación por sustitución" cuya homologación se pretende. 3) A fs. 139 se da trámite a la petición incoada y se ordena correr traslado al Ministerio Público Fiscal del planteo de inconstitucionalidad. Asimismo se ordena oficiar a Catemu a fin de que realice una encuesta socio ambiental y psicológica de los pretensos progenitores y de la pretensa gestante y su grupo familiar. Seguidamente se fija audiencia a fin de tomar contacto personal con las partes de autos para el día 04.11.2019. 4) A fs. 145/148 se incorporan los informes de Catemu solicitados. 5) Con fecha 04.11.2019 se celebra la audiencia designada, a la que comparecen las partes y la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia. En dicha oportunidad, y luego de ser impuestos de los objetivos y alcances de la acción intentada, se concede la palabra a la Sra. R., quien presta su conformidad a someterse a un tratamiento de fertilización asistida y ser gestante del niño/a por nacer. Concedida la palabra a su pareja, Sr. N. A. C., presta su consentimiento a acompañar a su conviviente con el proyecto de ser gestante. Concedida la palabra a los Sres. M. I. A. S. y N. A. S., ratifican su voluntad expresada en el escrito de fs. 1/30. Seguidamente se tienen presentes los consentimientos prestados por los comparecientes y se ordena correr traslado por cinco días a la Sra. Fiscal de Cámara de Familia a los fines que se expida sobre la cuestión. 6) A fs. 154/169vta. contesta el traslado corrido la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia. En dicha oportunidad, y luego de meritar los antecedentes del caso, expresa que, en lo que hace a su intervención, surge que la petición comprende dos aspectos: la homologación del acuerdo y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN. Así, sostiene que la intervención del Ministerio Público Fiscal, resulta esencial en relación a ambas solicitudes, pues la materia donde se inserta el pedido de inconstitucionalidad atañe al estado de las personas, atributo éste donde está comprometido el orden público familiar. En este orden, agrega, la tacha de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN,

se erige en una cuestión dirimente para la viabilidad de la filiación impetrada. Previo al análisis de la cuestión constitucional, se expide favorablemente sobre la proponibilidad de la petición y legitimación de los accionantes. SOBRE EL PEDIDO DE HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO OBRANTE A FS. 32/34. Considera que la homologación debe restringirse a los términos del acuerdo tendientes a lograr la autorización y el aval judicial para llevar adelante las prácticas médicas requeridas, sólo como prueba relevante de los consentimientos prestados al efecto. De lo contrario, la homologación a ultranza del acuerdo, implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho incoercibles y por ende insusceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento. Sostiene que no se trata de validar el convenio, por el cual una persona se compromete a llevar adelante un embarazo, siendo múltiples las denominaciones al respecto, tales como "alquiler de vientres", "maternidad por otro", "maternidad por sustitución" y "gestación por otro". Es así que no cabe discurrir sobre ninguna connotación relacionada con la eventual entrega de un niño, ajeno al tamiz judicial (dada la ausencia de regulación legal de la figura). Por ende se exime de cualquier discusión interdisciplinaria, sobre si el acuerdo es o no nulo, si tiene o no por finalidad la entrega de un niño. El propio pedido judicial se limita a recabar el consentimiento allí contenido, y otorgarle virtualidad o no como una de las fuentes de la filiación, esto es la voluntad procreacional (el subrayado me pertenece). Así se ha señalado por quienes incluso son proclives a la admisión de esta figura, que: "Un trámite judicial donde se persiga la convalidación de un proceso de gestación por sustitución podrá verificar la existencia de cuestiones atinentes a la legalidad formal (ej. la observancia del consentimiento informado por parte de la gestante) pero no podrá inmiscuirse en asuntos atinentes a la intimidad de las personas al igual que el derecho se abstiene de intervenir en los planes de vida de las parejas heterosexuales que deciden procrear. Quizás este sea un tema a ser revisado en futuras decisiones jurisdiccionales en la materia." (Gil Domínguez, Andrés: La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano, Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015, el énfasis le pertenece). En el estado actual legislativo, sostiene, no puede delegarse al órgano judicial, dilucidar, aspectos personalísimos del acuerdo arrimado, ello no obsta a calibrar la manifestación de la voluntad allí contenida, como antecedente válido, para autorizar o no la práctica médica y otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso: la voluntad de los que aportan su material genético, la voluntad de la gestante de portar el embrión y la intención de todos de someterse tanto a las prácticas médicas necesarias, como, a la intención de los comitentes genéticos de ocupar el lugar de progenitores legales y a la gestante de no hacerlo. III. SOBRE EL

PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 562 DEL C.C Y C. N. Luego de transcribir el artículo en cuestión, discurre sobre la procedencia formal y temporal del pedido, la que se verifica, a su entender, en el sublite. Señala que “las cuestiones de constitucionalidad integran...las causas judiciales en la medida que sean pertinentes para la solución del pleito y que pueda llegarse a una sentencia de condena que reconozca un derecho a cuyo cumplimiento obstan los preceptos impugnados” (Conf. HITTERS, Juan C., Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, 1998, Librería Editora Platense SRL, 2ª ed., p. 692). La existencia de “caso” –por su parte- implica que exista un sujeto que reclame el control constitucional en función de verse “perjudicado” o “agraviado” de un modo “suficientemente directo” o “substancial” por la normativa opugnada (Conf. CSJN, Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147, entre muchos otros). Es lo que se conoce con el nombre de “interés de obrar”. A contrario, no se encuentra –procesalmente- habilitado para plantear la inconstitucionalidad de una norma, quien no pueda alegar un específico menoscabo (o inminencia de sufrirlo), en un derecho propio, pretendidamente reconocido por el ordenamiento, en una situación concreta. Esta exigencia formal ha sido particularmente puesta de relieve por el máximo Tribunal de la Nación, en la inteligencia de que el recaudo de un “caso”, requiere que los litigantes interesados demuestren la existencia de un perjuicio, entendido como la afectación de un interés jurídicamente protegido, de "orden personal, denegación particularizado, concreto y, además, susceptible de tratamiento judicial" (CSJN, Fallos: 321:1252, Consid. 4º). En conclusión de lo hasta aquí dicho: para la admisibilidad de un planteo de inconstitucionalidad es recaudo insoslayable que quien inste tal control alegue y acredite padecer un agravio o perjuicio, o inminencia de tal, derivado de la normativa puesta en tela de juicio. Admisibilidad de este segmento del planteo: Por aplicación de tales lineamientos a la especie, se evidencia la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, etc, que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitentes, gestante y su cónyuge) surge acreditado. En definitiva estimo que la normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y “concreto” los derechos mencionados, y pone de relieve un agravio serio y de entidad que habilite el control de constitucionalidad propiciado. De tal guisa, se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto, y toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, a la que sólo debe acudir en casos extremos de probada disconformidad con la Ley Fundamental, a juicio de la suscripta, este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. Es que

si bien en la especie, la particularidad estriba en que, a diferencia de la mayoría de los supuestos arribados a la justicia, no se ha producido la gestación, ni el nacimiento de un niño, se acude a la vía judicial para requerir la autorización y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, los aportantes del material genético, sean considerados como progenitores conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que lleva adelante el embarazo. Es que debido a la falta de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

IV. a. SOBRE LA PROCEDENCIA SUSTANCIAL DE LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. Justificada las cuestiones formales que habilitan el control constitucional, ingresaré a considerar si la norma impugnada resulta o no inconstitucional. Se trata, de un caso de gestación por otro, es decir del supuesto en el cual la mujer se compromete a gestar un niño con material genético de terceros, en el caso quienes asumen y consienten ser los padres del niño a concebir. Dado que la Gestación por sustitución (en adelante GS) no está prevista en la legislación fonal, se acude al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, han aportado su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada -art. 562 del C.C. y C.N-, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño.

IV. b. SOBRE LA NATURALEZA DE LA GS. COMO UNA ESPECIE DE TRHA. Debe indagarse liminarmente, previo a tratar la cuestión constitucional, sobre si la GS, es una especie dentro de las denominadas TRHA. Las técnicas de reproducción humana asistida han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos —extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma— conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homóloga). Pero, cuando el material genético (autores genéticos), a través de otro método —fecundación in vitro —, es implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) la técnica que se utiliza es la denominada "gestación por sustitución". (cfr. Fallo "N. N. s/ inscripción de nacimiento", del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, Nro. 86, del 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552, citando a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y

LAMM, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", LL del 8/8/2011, p. 1.) Por otro lado, la ley especial que las regula define estas prácticas como todos aquellos procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. También establece que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 2º, Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida). Se trata de una TRHA de alta complejidad: la formación del cigoto se produce en una probeta, es decir fuera del seno materno. Como tal, entonces, necesita de un laboratorio altamente especializado, en el cual se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio, es decir en forma extrauterina (RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela [dirs.], Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo II, cit., arts. 401 a 723, artículo 558 comentado por Ignacio GONZÁLEZ MAGAÑA, p. 338). A su vez, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante que puede ser conocido o no, como es la propia la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial) y la gestacional (la concepción tiene lugar a partir del óvulo diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente, pero si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada o bien una donante anónima). Dado que la maternidad subrogada gestacional disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada: fecundación "in vitro", seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes (VELA SÁNCHEZ, A. J., "Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", LL nro. 7608, sección "Doctrina", del 11 de abril de 2011, pags. 1 y 2). La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) a la Gestación por Sustitución (GS), expresando que Gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los

padres previstos y/o de terceros (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRHA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/e/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/e/)) Esta posición, sin duda, fundada en avanzados estudios científicos y prestigiosa doctrina, incluye a la GS , dentro de una especie de TRHA, con sus notas particulares. No obstante, existen voces en contra, que no las incluyen en esta figura. Entre otros, la Dra. Ales Uría, la doctrinaria se pregunta si la maternidad subrogada es o no una TRHA, señalando que: “La maternidad subrogada es una de las figuras más discutidas en el campo de la reproducción con intervención de terceros. Ello por cuanto presenta diferencias sustanciales con las prácticas de TRHA heterólogas más extendidas y aceptadas por el Derecho comparado.” Añade en su trabajo que: “Los acuerdos mediante los que se estipula el coloquialmente denominado "alquiler de vientres" se acercan más a un supuesto de voluntariedad en la supresión y atribución de la filiación materna que a un caso típico de reproducción asistida. Si bien tiene en común con las TRHA de tipo heterólogo el involucrar la cooperación de un tercero — la madre sustituta o gestante — para conseguir la concepción y nacimiento de un hijo vinculado genéticamente con alguno de los miembros de la pareja, presenta dos notas que la diferencian esencialmente de la donación de gametos o embriones.” “Esto es, las TRHA en las que hay intervención de terceros se caracterizan por la fungibilidad del aporte de estos terceros y por qué esta cooperación se agota en un único acto. Así, el semen y los óvulos donados son fungibles en tanto quienes habrán de recibirlos pueden llevar a cabo su tratamiento con una muestra u otra. No es así en el caso de un embarazo por encargo en el que la pareja comitente escoge a una mujer en particular para gestar un embrión. La identidad y particularidades de la mujer portadora son conocidas por el equipo médico y por los padres intencionales y es a ella y no a otra a quien desean recurrir. Por ello mismo, la colaboración de esta mujer no se agota en un único acto de entrega de gametos sino que posee una activa participación en la planificación de la concepción, embarazo y parto.” “Por otro lado, en la maternidad de sustitución la mujer que gesta al hijo adquiere un vínculo biológico y afectivo con él durante los nueve meses de embarazo, a diferencia de los donantes de gametos masculinos o femeninos cuya colaboración se reduce a un acto concreto de aporte de sus gametos sin conocer el desarrollo ulterior del proceso de fecundación y gestación, y es conocida por los comitentes. En la maternidad subrogada están ausentes la nota de fungibilidad del aporte del tercero a la concepción de la criatura y la colaboración de quien aporta el elemento heterólogo al proceso de gestación y alumbramiento es

continuada y no reducida a un solo acto de disposición del material genético.” “Como es posible apreciar, la participación de la mujer que actúa como subrogante es activa, compleja y requiere de largos meses desde que se intenta la fertilización hasta que, una vez nacido el hijo, se traspasa definitivamente la guarda y patria potestad sobre éste a los comitentes. Es así que está ausente el elemento de fungibilidad que preside la donación de óvulos y esperma ya que la mujer será conocida y elegida por la pareja que desea que geste a la criatura. La subrogante acepta serlo para una pareja concreta y a los fines de gestar y entregar a un niño en particular.(Ales Uría, Mercedes Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad? Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 59 DFyP 2017 (febrero), 202, Cita Online: AR/DOC/1593/2016). Entiendo que tales especiales características, no excluyen a la GS, conforme la posición científica expuesta supra, en una especie de TRHA, lo que no obsta a que sus notas específicas, requieren de una regulación y tratamiento especial que otorgue garantías y tutele todos los delicados y dignos intereses en juego. Aclarado tal aspecto, con la convicción que la GS, se erige en una TRHA, examinaré las contingencias legislativas en torno a la figura, y verificaré si existe o no una auténtica laguna normativa y, en todo caso, si la vía judicial impetrada es idónea para integrarla en el caso concreto. IV. c. SOBRE LAS VICISITUDES EN LA REGULACIÓN DE LA GS. Se impetra que el Juez, integre el vacío de regulación de la GS, declarando al efecto inconstitucional la norma que impide la operatividad del funcionamiento de pleno de dicha práctica médica (art. 562, en cuanto le otorga el rol de madre a la persona que da a luz). A fin de evaluar si la normativa resulta contraria al plexo constitucional, se impone recalcar en la arraigada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual se sostiene que la misión más delicada de la justicia, es que ésta se mantenga dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar, ni ingresar a las funciones que incumben a otros poderes. En este derrotero, la Corte Suprema de Justicia, previene acerca de que, el avance de un poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (Arg. Fallos: 155:248; 241:291 (Voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 252:288 (Voto del Dr. Araoz de Lamadrid); 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 (Disidencia del Dr. Belluscio); 310:112, 1162 (Voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayat), 1401 (Disidencia del Dr. Fayat); 311:2580, 253; 312:156 (Voto del Dr. Fayat) y 1725 (Disidencia del Dr. Belluscio); 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18). Como correlato de esta directriz, se enfatiza que no corresponde a los Magistrados sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye la evaluación de la conveniencia, oportunidad o acierto del criterio adoptado por el legislador en la esfera de sus

atribuciones, lo cual desvirtuaría el ámbito de reserva de los otros departamentos del Estado (Fallos: 300:700; 306:1074, 1597; 312:122, por remisión del dictamen de esta Procuración; 312:888; 320:1962; 323:3215; 329:3966; y opinión vertida en Fallos: 321:92) (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/08/2010, "R.M. de la C. y otro c. Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas", del Dictamen de la Procuración General de la Nación, Punto VLL, La Ley 30/08/2010,9 - La Ley 13/09/10,11, Cita Online: AR/JUR/44017/2010). También nuestro Máximo Tribunal Provincial ha señalado al efecto que: "En la interpretación y aplicación de la ley cuestionada debe tenerse presente un principio liminar en el que se apoya el estado de derecho, y es el favorable a su validez."... "De lo contrario, los Tribunales actuarían como un obstáculo en perjuicio de las decisiones tomadas por los órganos de responsabilidad electoral de quienes, en principio no es dable presumir imprevisión o inconsecuencia. Lo dicho no va en desmedro del deber de los magistrados de controlar si los instrumentos jurídicos elaborados por los otros poderes del estado no resultan violatorios de las normas constitucionales cuando, como en el caso presente, se invocan derechos subjetivos o agravios concretos que aspiran a tutela judicial." Se señaló asimismo que "La declaración de inconstitucionalidad constituye una de las más delicadas funciones que deben asumir los órganos judiciales y siendo la última ratio del orden jurídico, sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la constitución, si no es removiendo leyes de rango inferior" (CNCiv., Sala M, 21-2-97 in re: "Testa c/ laies de Berkowski" en LL 1998 B, pág. 51, entre muchos otros). Por su parte, si bien el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de una ley, es prescindente de su acierto político último, no resultan dissociables en la valoración de las normas, la apreciación de la realidad social o de la idea de justicia. Desde tal óptica, la verificación de su congruencia con la ley suprema, no puede prescindir del examen de la justicia intrínseca de la ley: se reivindica para la judicatura la facultad de aplicar la fórmula de razonabilidad, debiendo tenerse presente que "razonable" es "lo axiológicamente válido teniendo presente las circunstancias del caso" (Peyrano-Chiappini, "El proceso atípico", t. 3, p. 44 y ss), sin que esto signifique ingresar en el ámbito de la oportunidad o mayor o menor conveniencia de las normas tachadas de inconstitucionales, lo cual no es propio de este Órgano, pues hacerlo invadiría ámbitos de competencia específica, conculcando de tal modo el sistema republicano de división de poderes, consagrado en la Constitución Nacional. En este orden, no es ajustada a derecho la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En el Estado de derecho se debe buscar el equilibrio " en su caso, siempre que se respete el límite externo de la juridicidad" (conf.: CS del 19.10.95, Doctrina Judicial, 1996-1-940). En el



caso, por ende, debe ponderarse si existe realmente una laguna legislativa, y si el Juez, en su eximia labor de intérprete, está autorizado en el caso a suplirla o si ello sería avanzar sobre potestades legisferantes que no le son permitidas en la especie. Estimo que, tal como ha sucedido en otros precedentes, la materia resulta judicial, pues estamos ante un supuesto concreto que no ha sido previsto por el legislador, pero tampoco ha sido proscripto expresamente. A tal fin, constituye un dato insoslayable examinar si la figura ha obtenido, o está en vías de obtener, el reconocimiento legal que se busca hoy ante el órgano judicial. Surge así, que en el Anteproyecto realizado por la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, la figura se encontraba regulada en el Libro Segundo ("Relaciones de familia"), Título V ("Filiación"), Capítulo 2 ("Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"), art. 562. Así se permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. La filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. Se disponía que el juez debía homologar sólo si, además de los requisitos que prevería la ley especial, se acreditaba que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Refuerza que el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. En la actualidad, existen iniciativas legislativas al respecto. Advierte que en las XXV Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el mes de octubre de 2015, la Comisión de Familia dedicada a "Identidad y Filiación" se refirió a la figura de la gestación por subrogación. Por unanimidad, la Comisión entendió que la figura, aunque no regulada está permitida y se requiere su urgente reglamentación conforme el lineamiento contenido en el artículo 562 del Ante Proyecto. En este sentido, la Comisión se manifestó a favor de la especial protección de la persona gestante y la necesidad de garantizar al niño o niña así alumbrado el acceso al expediente judicial en el que hubiere tramitado la

determinación de su filiación. Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa, y que por diferentes razones, su regulación no salió a la luz, estando nuevamente el asunto en la agenda legislativa.

IV. d. SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA GS. EN EL PLEXO NORMATIVO Al efecto se reconocen tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. Sin duda, a partir de las reformas realizadas al Proyecto de Reforma 2012 que dieron origen al Código Civil y Comercial de la Nación recientemente entrado en vigencia, nuestro país adoptó una posición abstencionista. No acuerdo con aquéllos que entienden que su exclusión implicó prohibirla. Todo lo contrario, la quita de la figura implica que el legislador, a diferencia de otras vigentes en el derecho comparado (vg. España), la silenció.

IV. e. SOBRE LOS PROBLEMAS QUE PROVOCA LA LAGUNA LEGISLATIVA Autoras de la talla de Herrera, Marisa y De la Torre Natalia, consignan un dato empírico elocuente: la mayor cantidad de fallos dictados desde el Proyecto hasta la actualidad y recalcan en el panorama jurisprudencial, realizando algunas sub-clasificaciones sobre la base de diferentes variables, tales como: Por tipo de planteo judicial: impugnación de la maternidad, medida autosatisfactiva, información sumaria, declarativa de certeza, inscripción en el registro civil o autorización judicial; y refieren que en este último supuesto, se trata de acciones judiciales tendientes a lograr que la justicia autorice la realización del procedimiento de gestación por sustitución, es decir, no se está ante un niño nacido ni ante el supuesto de un embarazo y futuro nacimiento por este tipo de práctica médica. Por los comitentes: si se trata de una pareja de igual o de diverso sexo, siendo que en sólo dos oportunidades se ha tratado de una pareja conformada por dos varones como aconteció en el caso resuelto por la justicia rosarina en fecha 27/05/2016 y el del juzgado nacional en lo civil N° 4 del 30/06/2016. Por el material genético utilizado: en la gran mayoría de los casos se utilizó material genético de los comitentes, es decir, de parejas de diverso sexo. Del total de 14 precedentes, 4 de ellos involucra la utilización de material genético de tercero; en particular, de donación de óvulos. Tanto en los dos casos que comprometen a una pareja del mismo sexo de varones como en los dos fallos resueltos por los Juzgados Nacionales en lo Civil N° 7 y 8 que involucra a parejas de diverso sexo en las que la mujer no tenía la posibilidad de aportar sus óvulos. Por la declaración o no de inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.: tal decisión judicial de última ratio ha sido adoptada en dos oportunidades, el fallo dictado por el juzgado de Lomas de Zamora y el del Juzgado Nacional en lo Civil N° 4. (Cfr.Herrera, Marisa - De la Torre, Natalia. Título: La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa, Publicado en: LA LEY 03/11/2016, 03/11/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/3039/2016). Se advierte, conforme a este cuadro descriptivo,

que las partes no solo se debaten en un mar de dudas en orden a la forma de determinar la filiación cuando el nacimiento tiene lugar por técnica de gestación por sustitución, no saben ni como, ni cuando instrumentar el consentimiento informado para la realización de la TRHA, ni ante qué tribunal recurrir, ni que acción deben intentar para lograr la filiación. (cfr. Medina, Graciela, Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales. publicado en DF y P 2016 (diciembre) 07/12/2016, 3, cita Online AR/DOC/3634/2016).

Expuestas estas cuestiones, ingresaré a determinar si se justifica o no la declaración de inconstitucionalidad. V. NORMATIVA OPUGNADA: Como se anticipara, la regla legal bajo la lupa se encuentra consagrada en el art. 562 del CCCN que, literalmente, dispone: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”. En este marco, el artículo refiere la introducción de este tipo de filiación (TRHA), coherente con el esquema fijado en el código al efecto, atribuyendo derechamente el carácter de progenitora a quien da a luz, sin distinción, ni salvedad alguna. Refieren los impetrantes que la regla así consagrada viola los derechos relacionados supra. Lo determinante en el caso, es que la materia constitucional que nos ocupa, que atañe al Derecho de Familia, no puede ser juzgada en abstracto, sino que puede y debe ser juzgada en concreto. (Cfr Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, 12.05.05, L.C.F., por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A.C. p/ Filiación/ inc. Casación). Luego de analizar la prueba recabada, infiere: 1) que la Sra. J. D., eventual gestante, tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica, cuestión que se encuentra acreditada en el caso a través de diferentes medios de prueba. 2) Ambos comitentes refieren que aportarán su material genético. 3) N. A. tiene imposibilidad de llevar adelante un embarazo por la extirpación del útero. 4) La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista. 5) La gestante tiene hijos propios (4). Lo que también se desprende del informe del CATEMU. Entiende que, puesta así la situación de autos, en el caso, la citada norma resulta inconstitucional por vulneración o violación de diferentes derechos y garantías de neto corte constitucional. Doy razones: 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, cobre 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, 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, pudiendo incluso no hacerlo, para hacer efectivo el reconocimiento preventivo de una filiación, que, atento la letra del art. 562, se encuentran impedidos. Ciertamente es que en materia de filiación no existe una única verdad, sino que hay muchas: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos de sangre), la sociológica (que genera la posesión de estado), la de la voluntad individual (del que quiere ser padre o madre), la del tiempo (que vivifica y refuerza el vínculo con cada nuevo día) y que al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social y afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana, mas todas ellas reciben suficiente tutela por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3º del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2º, Constitución Provincial), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 253, 255 y concs., Código Civil; 1º, 2º, 3º, 5º, 11 y concs., ley 26.061; 1º, 4º y concs., ley 23.511; etc.)". Sup. Corte Bs. As., LP C 92539, sent. del 17/6/2015). La voluntad procreacional, "reside centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quien haya aportado los gametos para su concepción".(RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, cit., comentario al art. 462 por GONZÁLEZ MAGAÑA, pag. 349). Asimismo, si bien en virtud del principio Mater certa est correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. La llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo. La gestación

por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (cfr. FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación" LA LEY 21/06/2011, 1, LA LEY, 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss.; FORTUNA, Sebastián Ignacio "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Cód. Civil y Comercial de la Nación"; RDF, núm. 57, Abeledo Perrot, 2012; LAMM, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada..." en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 50, Abeledo-Perrot, Julio de 2011, pp. 107, entre muchos otros). En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional", importa, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución" es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados. (cfr. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, Fecha: 15/12/2015, partes: C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento, Publicado: RDF 2016-III, 113 con nota de Francisco Cotado). Conforme estas consideraciones, estimo, que en el presente caso, el art. 562 del CCCN, resulta inconstitucional por violación al principio de igualdad, atento impedir que el proceso gestacional, incluído en la categoría de TRHA, GS, culmine de resultar exitoso, con la atribución del carácter de progenitores de los Sres. R. L. S. y H. M. L. M., e impida la atribución a la gestante Sra.C. L. G. en los términos del art. 562 del CCCN. Violación al derecho a la identidad: En el subexamen, aún no existiendo un niño por nacer, no por ello, y en forma preventiva, debe valorarse su interés superior, en el caso resguardándose que no se vulnere el derecho a la identidad. Este podría sufrir una afectación, si dando resultado las prácticas médicas, el nacimiento del niño y su posterior inscripción no se compadezcan con la voluntad procreacional. El interés superior del niño, conlleva a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ellos ha de valorarse el impacto en su futuro, debiendo en consecuencia, ser evaluado y satisfecho en todos los casos. Es, asimismo, el conjunto de bienes necesarios para el

desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto. (Sup. Corte Bs. As., LP C 118315, Sent. del 27/5/2015, juez De Lázzari (SD), carátula: "R. M. M. s/ Guarda", tribunal de origen: TF0200SI.) El individuo como ser único e irrepetible, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, pertinentes a tal fin y la pertenencia a una determinada familia. El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Asimismo, el art. 8 estipula que: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad." El interés superior del niño se asegura con un marco legal de protección, que "brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva" (Tratado de Derecho de Familia según el CCyCN de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora: Tomo II, art. 590 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 526). El interés superior del niño, como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 5 (2003), es un principio rector que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan (párr.13). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, expresó que el interés superior del niño ha de ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades". Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de

no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p. 1). Violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS. Asimismo, cobran valor en el caso, las consideraciones destacadas en el trabajo del Dr. Gil Domínguez, sobre el fallo dictado, en un caso análogo, por la magistrada Valeria Vittori, destacando la existencia de un derecho a la GS, aplicando la fuerza normativa de la Constitución, los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y la condiciones de vigencia dinámicas directas e indirectas emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos "A. M. vs. Costa Rica" y "F. vs. Argentina"). Señala el autor, que la magistrada construyó los contornos y contenidos del derecho a la gestación por sustitución mediante la invocación directa y operativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos "A. M. vs. Costa Rica" y "F. vs. Argentina") respetando la lógica de funcionamiento y validez de la fuente externa invitada a compartir la supremacía constitucional y convencional argentina a efectos de interpretar los alcances de la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26.682) y que la combinación dentro de nuestro sistema de fuentes de los casos "A. M. vs. Costa Rica" y "F. vs. Argentina" con la Ley 26.682 más el decreto reglamentario 956/2013 remite directamente a la existencia de un derecho a la gestación por sustitución en pos de evitar cualquier forma de discriminación y sin que se tenga que acreditar una situación de infertilidad patológica. (Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015). 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. VI. SOBRE LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL EVITANDO SUBTERFUGIOS Y PRACTICAS FUERA DEL SISTEMA LEGAL. Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento. Es que lo contrario, tal como aconteció en otros casos, donde se acude a figuras jurídicas, vg. privación de la responsabilidad parental, para desplazar a quien gestó a un niño, sin intención de asumir el rol parental, en contraposición, a quien tuvo dicha intención

inicial y asumió activamente el rol. Asimismo, se propicia en muchos casos que, recién cuando el niño haya nacido, se promueva la instancia judicial, a través de diferentes acciones para solucionar el caso concreto, vg. impugnación de maternidad, medidas cautelares, declaración de certeza, etc. Pero por sobre todo, se debe destacar que en el presente caso, aun pudiendo realizar la práctica médica sin autorización judicial, los impetrantes eligieron hacerlo, y de nada valdría su negativa, o prohibición, en el presente (conforme las particularidades del pedido y la prueba rendida), lo que sería estéril y de improbable acatamiento. Insisto, ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Concluye que la presente autorización, no implica alentar pedidos de este tipo, sino sólo otorgar una respuesta al presente, si, como entiende, resulta digno de tutela jurídica. Dictado el decreto de Autos (fs.170), queda la causa en condiciones de dictar resolución. Y CONSIDERANDO: I) El pedido de homologación de un convenio presentado por los Sres. N. A. S., DNI ; M. I. A. S., DNI y J. D. R., DNI sobre “gestación por sustitución” por el cual la Sra. J. D. R., amiga desde la infancia de la Sra. S. ofrece, en un acto desinteresado, ser gestante del futuro hijo/a de aquella y del Sr. M. A. S., atento la imposibilidad de la Sra. S. de gestar en su propio vientre, atento que luego de nacer la primer hija del matrimonio (M. P., nacida con fecha 16.04.2016) (confr. fs.132/134) la Sra. S. debió ser sometida a una intervención jurídica (histerectomía, fs.61) lo que la imposibilita para anidar en su cuerpo un nuevo embarazo, siendo el deseo de la pareja volver a ser padres, darle un hermanito a M. P. y completar su proyecto familiar. La Sra. R. detalló que ella ya tiene cuatro hijos, no tiene junto a su pareja voluntad de volver a ser padres, y que la motiva a ser gestante la necesidad de ser solidaria con N. A.. Así, peticionan que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona o pareja comitente quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, todo conforme fuera relatado en la relación de la causa, que doy aquí por reproducidos breviter causae. II) Antes de adentrarnos a considerar la causa propiamente dicha, es pertinente explicitar que la legislación internacional y nacional vigente impone a la Judicatura la necesidad de Juzgar con Perspectiva de Género. Ello implica que: En el análisis y resolución de la causa como de la jurisprudencia que la sustenta trataremos de mostrar la necesidad de juzgar desde esa perspectiva en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, porque consideramos que es erróneo pensar que la



necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia familiar o al femicidio. Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación, si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género. En efecto, el concepto de género – comprensivo de ambos sexos – consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura. La mirada de género es importantísima para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte del entendimiento del concepto mismo, no se logra visibilizar de una forma adecuada la necesidad de una tutela adecuada. Acerca del concepto de “género”, hay que tener en cuenta que mientras el término sexo identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (o del macho y de la hembra, cuando se trata de animales), género se entiende como “el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos.” Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente.” Por eso, el género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados. Hay que vencer la “extraordinaria inercia que resulta de la inscripción de las estructuras sociales en el cuerpo” (Pierre Bourdieu), erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como “inscritos” en nuestro propio ser, lo que conlleva un trabajo largo y paciente que incluye tareas de aprendizaje, de formación de conciencias y desarrollo de amplias políticas de Estado para revertirlos. Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas. Esto no sólo da una respuesta al problema individual; sino que avanza más allá, permitiendo una visibilización de la problemática. El Poder Judicial debe continuar el impulso iniciado del proceso de incorporación de la perspectiva de género en la Planificación Institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto para quienes utilizan el sistema de justicia, como para los empleados, funcionarios y Magistrados que desarrollen su labor. Reitero, Género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la manera

en que se construyen socialmente, más aun en este caso donde se trata del derecho de una mujer a ser madre (comitente) y otra a gestarlo (gestante) y el derecho a constituir una familia. Desde esta perspectiva, corresponde analizar los siguientes derechos a los fines de valorar si lo peticionado es ajustado a derecho. A) Derecho a la autonomía personal - Libertad de intimidad. Es el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros. Este derecho se encuentra contenido en el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de nuestra C.N. "El principio de autonomía personal que también podemos denominar de reserva o autoreferencia, está contenido en el artículo 19 de la Ley Fundamental. El precepto constitucional recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica, como norma de apertura del sistema de derechos individuales." La doctrina sostuvo al respecto que: "Este principio implica que cada persona adulta, mayor de edad –excluye a los menores– con consentimiento, es decir, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a los incapaces que no comprenden sus actos–, puede escoger el que considere "mejor plan de vida" para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas –adultas y capaces– tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores. Como contrapartida, debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer irracional o imprudente. Este criterio ha sido elaborado por la Corte Suprema en el precedente "Bahamondez" y ratificado en el fallo "Albarracini". B) Derecho a que se respete la vida privada y familiar. Es el derecho que poseen las personas a que el desarrollo de su proyecto de autorrealización, que lleva implícita la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, se encuentre exento de todo tipo de injerencias arbitrarias. El derecho al respeto de la vida privada se encuentra recogido en el marco jurídico internacional por los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. C) Derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece que: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (artículo 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969), en su artículo 17, al expresar que: "La familia es el

elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no-discriminación establecido en esta Convención”. En igual sentido fue recepcionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su artículo 23. Afirma Kemelmajer de Carlucci que el C.C.yC.N. parte de una noción básica: “...la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a ‘la naturaleza’; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.” (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

D) Derecho a procrear –voluntad procreacional Este derecho forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial de Desarrollo (1984) y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995). Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En este sentido se incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre. La doctrina se pronuncia al respecto diciendo: “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que “desde una perspectiva psico- constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (Gil Domínguez, La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13). Por su parte la jurisprudencia ha definido la voluntad procreacional como “...el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y

obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Causa: NNODG M B M S/Inscripción de nacimiento – Juzgado Nacional de 1o Instancia en lo Civil no 86 de fecha 18/06/13).

E) Derecho a la salud sexual y reproductiva. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no 14 - 2000). Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra nuestra Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) de, entre otros, : 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC– y art. 10, ley nacional 23.311), 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y art. 10, ley nacional 23.179).

F) Derecho a gozar los beneficios del progreso científico. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual.-Por el art. 15 del llamado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los 160 países firmantes -incluido Argentina-, “reconocen el derecho de

toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”; por los que los estados partes asumieron el compromiso de tomar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia” y se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica. En igual sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su tercer informe “A/HRC/20/26”, insta a todos los estados partes a garantizar: 1) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, 2) la oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, 3) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y 4) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología. El Comité de Derechos Humanos expresa que la posibilidad de procrear es parte del derecho de fundar una familia, estableciendo además que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. G) Derecho a acceder a las TRHA. La ley nº 26.862 (Reproducción Médicamente Asistida - Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida) tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1). Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2) Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley nº 26.529 (ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7).”Los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “A. M. y otros (F.I.V) vs Costa Rica”: derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación” (Exp. Nº LZ-62420-2015 H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)

(419) LOMAS DE ZAMORA, 30/12/15). H) Derecho a la no discriminación. La singularidad de las circunstancias que llevan a los peticionantes a articular esta acción me permite concluir que, siendo titulares de todos los derechos que sumariamente se explicitaron en los párrafos anteriores, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde una obligada perspectiva de género- constituirse en un valladar para el acceso de este matrimonio a esta compleja TRHA, so pena de convalidarse – además- un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- (arts. 1; 2; 3; 5; 12 inc. 1; art. 16 inc. 1 pto. e) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belem Do Pará- (arts. 1; 4 incs. a, b, c, f). Entonces si la única TRHA que permite al matrimonio o unión convivencial para concretizar todos los derechos que titularizan es la gestación por sustitución. Es responsabilidad de la suscripta, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida a esta familia (N., M. y M P, la pequeña hija de ambos) cumplir con el objetivo por el que recurrieron a la justicia, en su deseo de ser nuevamente padres (y de M P de tener un hermanito/a). Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH. Resulta que el obstáculo para que los Sres N. A. S. y M. I. S. accedan a la TRHA de gestación por sustitución no es de orden normativo, sino operativo al exigir la institución como condición previa a la realización de la práctica médica la autorización judicial, ésta deviene instrumentalmente necesaria e insoslayable. III) Ello así, en primer lugar debo expedirme acerca de la legalidad y viabilidad del acuerdo que se presenta para su homologación y acerca del pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN. Para ello habré de apoyarme en el dictamen de la Representante del Ministerio Público Fiscal, y en el informe del CATEMU (Equipo Técnico Multidisciplinario del Fuero de Familia) que reza “...Que la Sra. J. D. R. presenta claridad y conocimiento en torno a las características, alcances y limitaciones que el proceso de gestación por subrogación implica. Considera que ella presta en forma voluntaria y autónoma un órgano necesaria para que el proyecto de familia de N. A. S. y M. I. A. S. se concrete. Por su parte el matrimonio A. S. – S. muestra anhelo de concretar y complementar su

proyecto vital y familiar, donde la tramitación legal previa constituye para ellos una condición necesaria para habilitarlo. Por otro lado, resulta importante señalar, que los Sres. N. S. y M. A., se comprometen a revelar estas características del origen a su futuro hijo/a. En este sentido, se valora la importancia de garantizar al niño /a eventualmente nacido mediante la gestación pro sustitución, el acceso a conocer sus orígenes, de modo que se trabaja desde este Equipo Técnico con el matrimonio la importancia de brindar este conocimiento a su hijo/a sobre su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender este aspecto de su historia vital. El presente ofrecimiento de la Sra. R. se inscribe en una trama de intercambios donde prima la colaboración solidaria entre mujeres, frente a la necesidad de una y la disponibilidad de la otra, en un vínculo de afecto...” (fs. 145/148) y en especial por aplicación del principio de inmediación, las resultas de la audiencia llevada a cabo con las partes a fin de tomar contacto personal con ellas, oportunidad en que pudieron expresarse respecto al fin perseguido, mostrando firme convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensionamiento que tienen del procedimiento y las implicancias del mismo. Prosiguiendo el análisis, es necesario en primer lugar expedirme sobre si corresponde o no hacer lugar al pedido de Inconstitucionalidad peticionado por las partes. En dicho sentido, adelanto opinión en el sentido que debe hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN en el caso de marras, adhiriendo en un todo al dictamen de la Sra. Fiscal al respecto. Ello así, cabe destacar que los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados supra legalmente. Una decisión de estas características importa la “última ratio” del sistema jurídico (para una mayor profundización de los sistemas de declaración de inconstitucionalidad, se puede consultar, entre muchos autores a Nash Rojas, Claudio: “Control de Convencionalidad”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N° 7, 2015, pp. 6-12; y Saggese, Roberto: “El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010; Lloveras, Nora. y Salomón, Marcelo: “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 83-85; Ekmekdjian Miguel: “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1995, TIII, entre otros). Se impone la interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los arts. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, no debe perderse de vista que en

el reparto de competencias que la Constitución Nacional al organizar la república, veda a los jueces la posibilidad de crear derecho, es decir, no se les otorga facultades legisferantes propias del Congreso de la Nación, recordando que tanto el Congreso, como el Poder Ejecutivo en los distintos estadios de formación de las leyes necesariamente realizan un test de constitucionalidad y de convencionalidad para que la nueva ley, no avance sobre normas de jerarquía superior, puesto que de lo contrario se conduciría a un caos normativo. En última instancia y en las facultades conferidas al Poder Judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, que a la postre es la máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces para así decidirlo, lo contrario significaría una auto atribución de facultades incompatibles con un sistema republicano. Indudablemente que para analizar si una norma es o no constitucional debe valorarse además de la situación jurídica, el momento y en entorno social en que se formula el planteo, o bien, desde que oficiosamente el Juez decide expedirse sobre la cuestión. El pedido de inconstitucionalidad atañe al estado de las personas, atributo éste donde está comprometido el orden público familiar. En este orden la tacha de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN se erige en una cuestión dirimente para la viabilidad de la filiación impetrada. En este derrotero, se impone verificar, previo a la cuestión constitucional, si el pedido de autorización para la gestación impetrada, resulta objetivamente proponible. Prima facie, debe examinarse si los peticionantes ostentan la debida legitimación sustancial activa. Si están habilitados para acudir al procedimiento judicial y requerir se remuevan los obstáculos que, en el sistema legal vigente, les impide acceder a la plena operatividad de la voluntad procreacional (en especial la previsión del art. 562 del CCCN, que tiene por progenitora a quien da a luz), los que si reúnen los requisitos exigidos por la normativa vigente lo que explicitare oportunamente. La doctrina transcripta expone con claridad que la Corte Federal expresamente reserva al Poder Judicial, y en especial a los jueces, la realización de oficio de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de toda norma que deba aplicar en un caso concreto. Despejada la cuestión resulta necesario considerar si ¿Es viable la homologación del acuerdo que habilite la realización de la práctica solicitada? De lo actuado surge que frente a la imposibilidad actual y real de la Sra. S. para llevar en su vientre un embarazo, producto de la histerectomía parcial a la que fue sometida y frente al deseo familiar de ser nuevamente padres (ambos serían los donantes del material genético, puesto que la Sra. ha conservado sus ovarios) y así completar el proyecto de familia junto a M. P., su primogénita, surge de conversaciones con la Sra. R. la posibilidad de que sea ella, quien ya es madre de cuatro hijos junto a su pareja, quien lleve a término la gestación del futuro hijo del



matrimonio S.-A. S., resultando la gestación por sustitución el camino elegido para concretar el proyecto familiar. Han manifestado los comparecientes que el proceso de fertilización que utilizarán es el denominado ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) – Gestación por Sustitución, que se desarrolla en distintas etapas y tiempos, que en grandes rasgos cuenta con una primera etapa en la que se evalúan las condiciones y calidad de los gametos. Continúan manifestando que determinada la viabilidad de los mismos, se inicia la estimulación ovárica mediante la administración de inyecciones para que en ese proceso de ovulación inducida se produzcan ovocitos en un mayor número que el natural y sean retirados (recuperados), para luego ser sometidos al proceso de fertilización con la técnica ICSI y que una vez concretada la unión de los gametos, se inicia un tiempo de espera de algunos días en el que se controla el desarrollo del proceso de división celular y cuando el número de divisiones le permite alcanzar la condición de “blastocisto” es transferido al útero. Manifiestan que tras esa transferencia se inicia el proceso, ya en forma natural, en el que el blastocisto se implanta (adhiera o anida) en la pared del útero con lo que se considera que ha dado inicio al embarazo conformándose así la práctica de la gestación por sustitución, y que se llevará adelante con gametos masculinos aportados por el Sr. A. S. y gametos femeninos de la Sra. N. A. S., todo conforme la documental aportada en autos. Que la Sra. J. D. R., madre de cuatro niños, se encuentra médicamente viable para llevar adelante un nuevo embarazo (fs.118/128). Cabe expedirme en este estadio que lo que la denomina “gestación por sustitución”. La misma implica un acuerdo de voluntades en el que una o dos personas que aportan material genético propio o de terceros (comitentes) y una mujer que llevará adelante un embarazo (gestante), utilizando para ese proceso una de las denominadas “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Estas son entendidas como “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (art. 2 de la ley 26.862). En el supuesto que nos ocupa existe una mujer/gestante, que se compromete a llevar adelante un embarazo con material genético de la pretendida pareja parental y que será producido por algunas de estas técnicas que necesariamente serán de alta complejidad. Así, se peticiona que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona o pareja comitente quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante. De manera indudable este tipo de procreación importa una visión diferente a las clásicas maternidades o paternidades, que nos lleva a replantearnos muchos de nuestros tradicionales y estereotipados posicionamientos sobre la cuestión. En este sentido ya en el año 2011 Eleonora Lamm advertía que “ inevitablemente, las TRA desafían cambios en la

normativa vigente debido a que amplían las opciones de reproducción y cuestionan las nociones tradicionales de paternidad maternidad, embarazo, así como también la del parto” (Cfr.: Lamm, Eleonora: “La autonomía de la voluntad y aplicabilidad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de regulación legal”; Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 108). Esta posición es reafirmada por la misma autora junto a Aida Kemelmajer y Marisa Herrera al analizar algunos de los primeros casos sobre gestación por sustitución que se presentaron en los tribunales de nuestro país (Cfr.: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora; Herrera, Marisa: “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”; LA LEY 11/07/2013, 11/07/2013, 3; entre otros). Como consecuencia de lo referido estimo que de manera clara la “gestación por sustitución” debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de Fertilización Asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “voluntad procreacional”, elemento estructural de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el art. 562 del CCCN. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible de realizarla con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual. Ahora bien cabe referir que esta práctica especial no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la ley 26.862 (Ley de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”). Sin embargo debo recalcar que tampoco existe norma alguna que la prohíba expresamente. Por ello debo preguntarme si a causa de ese silencio legal la misma ¿se encuentra vedada para nuestro sistema jurídico (ya que no ha sido expresamente receptada), o si por el contrario la ausencia normativa importa una práctica permitida? En este punto me inclino por la segunda postura, es decir que la falta de regulación no impide su concreción ya que en base a lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. En este sentido y como refiere la doctrina es perfectamente viable que “la autonomía de la voluntad tenga un ámbito de acción muy amplio en esta práctica” (De Lorenzi, Mariana A.: “Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad”; AP/DOC/179/2017). No cualquier acuerdo en este sentido debe ser tenido por válido, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados. Recapitulando: Los peticionantes han acudido a la vía judicial a los efectos que desde este poder del

Estado se realice el adecuado control de la forma gestacional elegida. Ha quedado acreditado en autos que la voluntad de la gestante no se encuentra viciada, que tiene una verdadera noción de la acción que está emprendiendo, se han valorado sus condiciones de salud física y psíquica que le permitan llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer; quien no llevará su aporte genético, sino el del matrimonio S.-A. S.. Asimismo el Sr. N. A. C. apoya la decisión de J., su pareja, participando activamente y encarándose ambos de transmitir con naturalidad esta vivencia a sus hijas mayores. Con respecto a los comitentes, debe verificarse que exista en ellos la voluntad procreacional en los términos del art. 562 del CCyCN, entendida como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (Cfr: Gil Domínguez, Andrés: “La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico”, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12), lo que así se ha corroborado a lo largo del caso de marras. En relación al niño por nacer, y atento que la voluntad procreacional recaerá exclusivamente en los Sres. S. y A., la gestante, Sra. R. no deberá ser tenida como madre biológica del pequeño. IV) Ante el silencio legal debemos ser los jueces quienes ante cada caso en concreto tenemos que pronunciarnos acerca de la legalidad de la práctica que se realiza y en definitiva determinar la filiación de los hijos/hijas nacidas por esta técnica. Siguiendo la elocuente posición de Mariana de Lorenzi y Lorena Capella esta falta de recepción importaría una situación de “alegalidad” y las doctrinarias acuden al Diccionario de la RAE para decir que es aquello “no regulado ni prohibido”. Las autoras señalan que “Es así que hoy en día nos encontramos ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial. Este vacío condena a los nacidos y a sus gestantes, padres, madres y familiares a un limbo jurídico del que sólo pueden ser rescatados por los jueces., hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, para que las personas involucradas no permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Verificando si en el sub caso se presentan los requisitos antes referidos, llego a una respuesta afirmativa en base al siguiente análisis: a) En relación al control jurisdiccional requerido, surge claro que las partes han acudido a la vía judicial para hacer valer sus derechos. Lo han realizado antes de iniciar cualquier proceso de gestación por la vía de los hechos. De esta manera entendieron que debían concretar el pedido de autorización de manera previa a cualquier práctica en concreto. Por tal motivo este primer requisito ha sido cumplimentado acabadamente b) Con respecto a la situación de la gestante, el informe elaborado por las profesionales el CATEMU, da cuenta de su pleno, cabal y desinteresado apoyo a la realización de la gestación por sustitución. De manera palmaria se pudo evidenciar tanto en el dictamen de nuestro equipo técnico como en

el contacto con las partes en la audiencia fijada, la voluntad de N. y M. de ser nuevamente padres y de la imposibilidad de lograr un embarazo en el cuerpo de la Sra. S., expresándolo de manera concreta en el acuerdo de voluntades traído a homologar. Así, esa voluntad procreacional, se constituye como fuente de la filiación. Ahora bien, la “gestación por sustitución” no fue incluida expresamente en el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la filiación en general, ni en relación a las técnicas de reproducción asistida en particular. Tampoco está concretamente incluida en la Ley Nº 26862 (Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción), por eso, reitero, corresponde expedirse favorablemente sobre el planteo de inconstitucionalidad del art 562 del CCCN en el caso concreto que reza: “Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”, en tanto y en cuanto atribuye la calidad de progenitora a quien da a luz al niño nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA).V) En consecuencia, la norma del art. 562 del CCCN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. N. A. S. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CCCN resulta inconstitucional en el caso de autos. Repárese que, sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCCN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia que a la persona humana nacida mediante una TRHA y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone y determina la filiación materna de la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. Esta Magistrada está llamada así a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras el Poder Judicial debe ejercer de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana" (cfr. "Almonaciac Arrellano y otros y otros vs. Chile" Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). Sin desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (Fallos: 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros), las circunstancias excepcionales de esta causa, ameritan que el articulado del Código Civil y Comercial –en especial el art. 562 en cuestión- sea analizado a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22. Y es que, el Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados Internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inc 22 del art. 75 de la Constitución Nacional. Esto fue sostenido en los precedentes jurisprudenciales referidos al control de constitucionalidad y respecto de la operatividad de los tratados internacionales. Teniendo en consideración las especiales circunstancias que rodean a esta causa y a la luz de los principios de no discriminación, de igualdad, de realidad, de tutela judicial efectiva e incluso el interés superior del niño, considera la suscripta que el artículo 562 del CCyCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, como ya se dijera. En efecto, si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CCCN es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes si quieren serlo, desde siempre, y además, son sus reales progenitores. Y es que si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable. Si los Sres. han solicitado la intervención judicial a los fines de que quede preventivamente determinada la realidad filiatoria, es para obtener la seguridad jurídica de que, en este caso por aplicación del art. 562 del CCCN, no se

llegará a convalidar la ficción legal de tener por madre a quien lo/a/s dará a luz y nunca tuvo la voluntad procreacional que la definiera en su función materna. Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados. Registración que, desde ya adelante, deberá así realizarse en todo tipo de documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. Siendo que la voluntad procreacional de la pareja manifestada en el marco de la entrevista de fs. 150 (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrán de prestar ante la institución médica en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CCyCN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental. Como afirma reconocida doctrina “...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)”(conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; Regulación de la gestación por sustitución, La Ley, 10/09/2012, p.1) Las juristas Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras sostuvieron que: “La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA” (Tratado de Derecho de Familia – Tomo nº II – Rubinzal –Culzoni - Pág. 509). Que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, es lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del CCCN, cuando sostuvieron que: “el

querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento). En consecuencia, respecto a la homologación peticionada, corresponde expedirse afirmativamente en cuanto a autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud que elijan ante el que deberán prestar el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CCCN, e inscribir luego en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana, nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. J. D. R., DNI como hijo de los Sres. N. A. S., DNI y M. I. A. S., DNI puesto que no existe vínculo biológico con la Sra. J. D. R. ni existe en ella una voluntad procreacional, siendo en cambio su voluntad sólo la de llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. N. A. S., DNI. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados. Registración que, desde ya adelanto, deberá así realizarse en todo tipo de documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. La utilidad de este fallo deviene de su carácter preventivo y garantista, por la evitación de cualquier conculcación a los derechos humanos de las partes y de quien/es pudiere/n nacer. Sobre este particular nuestra jurisprudencia local afirma que: “...en ese marco de protección, los jueces revestimos el carácter de garantes de los Derechos Humanos y debemos acudir en su defensa cuando se vean sustancialmente perturbados... La declaración de inconstitucionalidad de una norma no es más que su inaplicación en el caso concreto, en que se evidencie la notoria injusticia que conllevaría el apego irrestricto al texto legal...” DRES. VALLS DE ROMANO NORRI – ROJAS. (CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 - N.A.R. Vs. R.L. S/FILIACION - Nro. Sent: 199 Fecha Sentencia 16/04/2018). Postergar un pronunciamiento en orden a la determinación de filiación en este caso, con todas las implicancias señaladas devendría en una irresponsabilidad funcional de quienes estamos llamados a remover todas las barreras que impidan una concreta satisfacción de todos los derechos humanos y, en especial, del interés superior del/a/s niño/a/s/ que vayan a nacer de esta TRHA de gestación por sustitución. La voluntad

procreacional de los peticionantes, Sres. N. A. S. y M. I. A. S. es el elemento volitivo que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental. Como afirma reconocida doctrina "...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)" (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; Regulación de la gestación por sustitución, La Ley, 10/09/2012, p.1) La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, es lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del CCCN, cuando sostuvieron que: "el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo" (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos "N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento). En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA

–gestación por sustitución– será/n hijo/a/s de los Sres. N. A. S., DNI y M. I. A. S., DNI, disponiéndose que así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. Lo que justifica que el/la/los hijo/a/s sean legalmente inscripta/o/s registrada/o/s, documentada/o/s como hijo/a/s de la pareja desde el mismo instante del nacimiento, disponiéndose que – desde igual momento– son éstos los únicos autorizados para tomar cualquier tipo de decisión sobre el/a/s nacido/a/s (consentimientos médicos, retiro (una vez producida el alta médica) del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento, etc.) toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizan como progenitores. Dicho esto, resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061). Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN). "El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta..." (cfr. CNCiv. Sala G.C.R c/ C.P.E del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970). En este caso, los peticionantes deben asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la



información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s. Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por la jurista Eleonora Lamm: "...el principio es que los niños que nacen en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tienen derecho a saber que han nacido gracias al uso de esa técnica y tienen, también, derecho a conocer la identidad de la gestante. Por esto es que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial y a cualquier otro expediente que deberá conservarse a cualquier efecto..." (cfr. Gestación por sustitución. Realidad y derecho. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio 2012). Es por ello que, inherente a la obligación de los progenitores de hacer conocer al/o/s niño/a/s sobre su origen gestacional de acuerdo a su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s. VI) Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiende esta Magistrada que no puede soslayarse un pronunciamiento sobre la cuestión de las licencias cuando la utilidad de este fallo radica precisamente en erigirse en un instrumento que preventivamente garantice la satisfacción de los derechos humanos de todos los involucrados, en especial del/a/s nacido/a/s por esta práctica médica. Como en el presente caso la calidad de gestante y madre no están reunidas en una misma persona, corresponde distinguir la que haya de asignarse si correspondiere a la Sra. J. D. R. en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse así también a la Sra. N. A. S. en razón de su maternidad del/a/s nacido/a/s. Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso- se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, tal como lo ordena el art. 3 de la CDN al establecer que "...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales..., una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Ahora bien, dicho mandato exige una ponderación de las singulares circunstancias de cada caso a fin de dotar de contenido real lo que habrá de constituir la satisfacción del interés superior del niño."El/la/lo/s hijo/a/s tiene/n derecho/s a ser cuidado/a/s por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento -en este caso- puesto que ese contacto personal, directo e íntimo será fecundo a la construcción, desarrollo y fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial. "El interés superior del niño debe ser entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no

se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática que presenta cada caso" (A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION s/ CASACION, SENTENCIA 4 de octubre de 2004, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RIO NEGRO, Sala CIVIL). Siendo entonces que para el ejercicio de la función materno/paterno filial de los progenitores se debe poder contar con tiempo de licencia laboral, entiendo que corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/por parte de la Sra. S.. Con respecto a la gestante Sra. R. y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso ya se dijera que no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia –en caso de que se encontrara laboreando en relación de dependencia- en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que rige en cada caso. En orden al progenitor, Sr. A. S., igual razonamiento cabe. A los efectos aquí establecidos, los interesados deberán informar tempestivamente a sus respectivos empleadores, de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que los rige en cada caso. VII) Costas: Atento la naturaleza de lo peticionado, las costas se imponen por el orden causado. No regular honorarios a los letrados intervinientes, a contrario sensu de lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario. Por todo lo expuesto, RESUELVO: 1) AUTORIZAR a los Sres. N. A. S., DNI XXX y M. I. A. S., DNI XXXX como comitentes y a la Sra. J. D. R., DNI XXX en calidad de gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante el Instituto médico que corresponda. HÁGASE SABER que el consentimiento deberá efectuarse en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del CCCN. 2) DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo expuesto en los Considerandos respectivos. Por lo tanto, DEJAR DETERMINADO que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto 1 de esta resolución será/n hijo/a/s de la Sra. N. A. S., DNI debiendo los progenitores informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, HÁGASE SABER a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera. 3) DISPONER que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. N. A. S., DNI y al Sr. M. I. A. S., DNI. Asimismo,

se dispone que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCCN y conforme el art. 64 parr.2 ibid. 4) ORDENAR que los únicos autorizados al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento – y alta médica mediante- serán sus progenitores, Sres. N. A. S. y M. I. A. S.. 5) DEJAR ESTABLECIDO, con relación a las licencias laborales, que la pareja parental habrá de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que, de corresponder, la Sra. J. D. R. habrá de gozarlas –en su carácter de gestante- por el período anterior y posterior al parto. Todo de conformidad a lo considerando VI) de la presente resolución. 6) Hacer un llamado a la necesidad de acudir a la vía judicial evitando practicas fuera de la ley, tal como lo sostiene la Fiscal en su dictamen: “Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento”. Por sobre todo, se debe destacar que en el presente caso, aún pudiendo realizar la práctica médica sin autorización judicial, los impetrantes eligieron hacerlo. Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Otorgar una respuesta al presente entiendo resulta digno de tutela jurídica efectiva. 7) Imponer las costas por el orden causado. 8) No regular honorarios a los letrados intervinientes (art. 26 contrario sensu C.A.). Protocolícese, hágase saber y dese copia.