

PROTOCOLIZADO EN ACTA N°98 FOLIO 122/126 DE FECHA 21/05/2018

En la ciudad de Córdoba, a veintiún días del mes de Mayo de dos mil dieciocho, siendo día y hora de audiencia en los términos del art. 73 de la Ley 10.305, en estos autos caratulados “**A., P. A. Y OTRO – MEDIDAS URGENTES - EXPTE. N° 7013051**” comparecen ante S.S. y Secretaria autorizante, la Sra. Fiscal de Familia, la Sra. Asesora de Familia del 4° turno Dra. Miryam Rebuffo, las licenciadas Iogna Prat y Casas del CATEMU, los Sres. P. A. A. y F. S. V. acompañado por su letrada Dra. María Belén Mignon y la Sra. D. S. E. V. acompañada por su letrada Dra. Marcelo Prado quien comparece y constituye domicilio en Caseros N° 687, piso 4°, oficina “G” de ésta ciudad. **Abierto el acto por S.S. y previa espera de ley y entrevista con las partes, se le concede la palabra a los Sres. A. y S. V. por medio de su letrada quien manifiesta:** Que ratifican la demanda en todos sus términos, tratándose de una filiación derivada de una TRHA de donde surgen, a través de la prueba documental todos los extremos que dan fundamento y causa-fuente al emplazamiento jurídico filial como se pide (debido consentimiento informado ante escribano público, consentimiento previo, libre e informado de todas las partes en la Clínica Nascentis, prueba de ADN que da cuenta de que la persona gestante no aportó material genético). Que estando en juego el derecho fundamental del niño a tener un inmediato emplazamiento filial e inscripción por ante el Registro civil y capacidad de las personas, solicitamos se haga lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y, en consecuencia, se ordene la inmediata inscripción del niño N. con los apellidos conforme el orden solicitado en la demanda. **Concedida la palabra a la Sra. V. por medio de su letrada quien manifestó:** Que con relación al pedido formulado en autos a fs. 1/5, ratifica el mismo en todos sus términos, no teniendo nada que observar, adhiriéndose así al pedido de los Sres. A. y S. V, ya que es su voluntad ser gestante para que los actores puedan satisfacer su deseo de ser padres. **Concedida la palabra a las licenciadas Iogna Prat y Casa del CATEMU quienes manifestaron:** Que tal como consta en autos, la valoración solicitada en abril de 2018 no pudo realizarse debido a la incomparecencia de la Sra. D. S. V.. No obstante de lo escuchado en audiencia, se desprende que la misma se encuentra ubicada en tiempo y espacio y cuenta con capacidad de asumir posturas autónomas. Su relato es coherente con el discurso manifestado por los solicitantes en ocasión de la entrevista mantenida en el CATEMU. **Concedida la palabra al Ministerio Publico Fiscal quien manifestó:** Con respecto al pedido de inconstitucional del art. 562 del C. C. y C., ya me he pronunciado en anterior dictamen, aún un supuesto de hecho diferente al de autos., al tratarse de un matrimonio que habían aportado ambos su material genético. Iguales razones me conducen en el caso a pronunciarme sobre la inconstitucionalidad, siendo que en la especie, incluso está en juego el interés superior de N., diferente al restante caso, en el que se promovía la acción antes del nacimiento. Por ende, en la especie, existe un caso concreto que merite el pedido de inconstitucionalidad. En primer lugar el art. 562 que regla las TRAH. Para admitir la voluntad procreacional, al suprimirse en el anteproyecto la normativa que admitía la gestación por sustitución (en adelante GS), dejó subsistente el párrafo que refiere que la madre es quien da a luz. La norma así dictada es inconstitucional, ya que la gs es una forma de trah, y por ende, no hacer funcionar la voluntad procreacional viola el principio de igualdad garantizado en el art. 16 de la C.N. Por ende, aún existir posturas diferentes, entiendo que al ser las gs, una forma de trah, siendo que en el caso existe el aporte del material genético por el A, y prima facie, ser altruista la participación de la gestante, se vulneraría tal derecho.

Asimismo el derecho a la identidad del niño N., quien de no reconocerse la voluntad de todos los intervinientes en el proceso gestacional, y por ende, no poder inscribirlo con la identidad de sus padres, sería contrario a su interés superior garantizado constitucionalmente. Entiendo que la norma de no declararse inconstitucional seguiría subsistente, y por ende, tornaría el párrafo de que quien da a luz es su madre, lo que en el caso no coincide con su realidad biológica dado el examen de ADN, que la excluye. Por todo ello, y la jurisprudencia y doctrina que avala tal postura, considero admisible el planteo de inconstitucionalidad. **Concedida la palabra a la Representante Complementaria manifestó:** En primer término cabe señalar que si bien es cierto que en nuestro ordenamiento vigente no existe una norma que regule la gestación por sustitución, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad efectuado en orden al art 565 carece de justificación. Ello es así por cuanto de la interpretación sistémica del derecho vigente se verifica que de aplicar el principio de legalidad, en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la C.N.) se sorteaba la valla dispuesta por el art. precedentemente mencionado. Por otro lado cabe remarcar que la jurisprudencia de manera unánime ha ido consolidando la aceptación de este tipo de gestación solidaria, a fin de que los comitentes ocurran a la vía judicial a los efectos de que se determine la filiación del niño que nace en el marco de la forma gestacional elegida. En este contexto y para el caso que nos ocupa, es decir que la inscripción del niño opere en cabeza de los presentantes, corresponde se comprueben las siguientes aristas: la voluntad procreacional, el consentimiento informado, el nacimiento, el derecho a la identidad del nacido y su interés superior. Así de las constancias de autos en primer término el nacimiento del niño se prueba con el certificado de nacimiento obrante a fs. 10. A continuación y en relación al consentimiento informado, se advierte que la Sra. D. S. V. ha prestado su consentimiento, expresando su voluntad de manera libre y espontánea conforme luce del informe médico que obra a fs. 11/15 y 33/38. En la especie se utilizó la técnica procreacional de maternidad subrogada, accediendo la Sra. V. que le fuera implantado un ovulo de donante anónimo con el aporte genético del Sr. P. A. A. en el marco de un acuerdo de voluntades. Ello debe ser entendido por parte de la gestante como la capacidad y el derecho para disponer de su propio cuerpo, lo que en definitiva significa el respeto por su determinación. Que del estudio genético de ADN acompañado a fs. 26 se verifica que la gestante no es la madre del niño, determinando al Sr. P.A. A. accionante en autos, como padre biológico del mismo. En este camino, de la intervención efectuada por el CATEMU surge que la Sra. V. se encuentra ubicada en tiempo y espacio y cuenta con capacidad de asumir posturas autónomas. Seguidamente, surge de la entrevista mantenida en oportunidad de la audiencia del día de la fecha, que la voluntad de los protagonistas no se encuentra viciada, a tal punto que las licenciadas intervinientes refieren que el relato de la gestante es coherente con los discursos manifestados por los solicitantes en oportunidad de las entrevistas mantenidas. En este sentido, corresponde señalar con claridad absoluta lo expresado por la Sra. V. en cuanto a que sabía que el niño que engendraba no era su hijo, que era hijo de los solicitantes y que la aceptación de dicha práctica tenía como fin brindarles la posibilidad de ser padres, ya que ellos – refiriéndose a P. y F. – nunca podrían serlo biológicamente hablando. Expresó también que sus tres hijos conocían ésta situación, entendían todo el proceso, sabiendo que el bebé era de P. Se advierte con éstas expresiones, que la gestante comprendía cabalmente el acto que realizaba manifestando no tener voluntad procreacional, ratificando que el niño no es su hijo y que su voluntad fue la de cooperar y colaborar con los comitentes para hacer efectiva la voluntad procreacional en

el marco de la copaternidad igualitaria. En esta línea, el art. 562 del C.C.yC.N. entiende a aquella como el deseo de tener un hijo, basado en el amor filial, que emerge de la constitución subjetiva del hombre. En suma, la voluntad procreacional sumada al vínculo biológico se constituye como fuente de la filiación solicitada. De otro costado es necesario señalar que el principio incuestionable de “mater certa” entra en crisis, no solo por la técnica de reproducción utilizada, sino por el material genético implantado a la gestante. En relación al interés superior del niño se advierte la necesidad urgente de hacer efectivo el DERECHO HUMANO A SU IDENTIDAD y con ello su registración inmediata conforme lo prescriben los arts. 7 y 8 de la C.D.N. Además el art. 9 de la CDN y el art. 11 de la ley 26061 exigen que aquel se ajuste a la realidad biológica y familiar, pues de permanecer en esta situación de incertidumbre se verían conculcados otros derechos de igual jerarquía como son el derecho a tener padres, ser criado por ellos, a crecer y desarrollarse en su familia de origen, además de todos los derechos que por añadidura le corresponden. En definitiva este derecho humano a la identidad es el que debe prevalecer para la resolución del caso en análisis por ser el constitutivo de la personalidad del niño en su faz psicológica y social. En función de lo dicho este Ministerio entiende que debe hacerse lugar a la medida autosatisfactiva y en su caso ordene la urgente inscripción del niño N. ante el Registro del estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de P. A. A. Y F. S. V. debiendo ser inscripto en relación al apellido, en la forma solicitada. Asimismo solicito se exhorte a los Sres. A. y S. V. a que hagan conocer a N., cuando este tenga la edad y grado de madurez suficiente, su realidad gestacional. **Lo que oído por S.S. dijo:** Que en el sublite se trata de resolver judicialmente la inscripción de una filiación matrimonial respecto de un hijo cuya gestación no responde a los cánones expresamente previstos en la normativa vigente. En este sentido N. es el resultado de una TRHA que se encuentra incluida en los protocolos médicos-científicos pero carece de regulación expresa en el derecho codificado nacional. Esta carencia desata el conflicto jurídico que obliga a la intervención judicial para su resolución. En cuanto a las bondades o contrariedades de la utilización de esta técnica se han empleado ríos de tinta para defenderla o defenestrarla, que se encuentran profusamente difundidos en trabajos académicos o publicaciones de prensa formal e informal algunos con base en los prejuicios y la resistencia al progreso; pero lo cierto es que la única realidad a relevar en el contexto jurisdiccional es que nacen niños de su aplicación que exigen solución al conflicto que desencadena su identificación filiatoria. En este punto la primera pregunta a formularse es ¿de quién es hijo el niño que nace de una gestación por sustitución? Debe conciliarse que la regulación de la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación tiene como antecedente la imposibilidad reproductiva en cualquiera de sus formas. Ese reconocimiento que se puede ser progenitor/a sin aporte genético sino por la simple voluntad de querer serlo tiene como corolario necesario que también se puede ser gestante sin ser madre si falta la voluntad procreacional. En este punto no hay discusión, es decir que el sólo hecho de la gestación no convierte a una mujer en madre, si además no asume responsablemente los deberes y funciones parentales. En la maternidad subrogada se suma el hecho que no hay vinculación genética entre el niño y la gestante porque el óvulo procede de una donación anónima. En conclusión en el supuesto en análisis no hay voluntad procreacional y no hay nexo genético, cual sería entonces la razón para atribuirle un hijo a la gestante. En este marco el hecho biológico del parto aparece como una respuesta insuficiente e inadecuada desde la perspectiva del niño, porque la realidad es que tendrá una progenitora que no lo quiere ni lo reconoce

como hijo y respecto de la cual no tiene nexo genético. Surge claramente que en la maternidad subrogada el parto se convierte en un hecho circunstancial y anecdótico que no tiene entidad para ser el elemento fundante de una atribución de filiación. Entonces la voluntad procreacional se erige como la única respuesta razonable para resolver la identidad filiatoria del niño nacido por esta técnica. Seguidamente corresponde resolver el planteo de inconstitucionalidad planteado por los peticionantes respecto del art. 562 del CCyC en tanto sólo legisla sobre las TRH en el supuesto en que uno de los extremos de la filiación sea la madre gestante, por lo tanto en un primer acercamiento surge como excluída la hipótesis en que la genitora no integra el binomio filiatorio. Sin embargo tal conclusión es apresurada y desacertada. La filiación por TRHA ha sido admitida por el ordenamiento civil reconociendo como causa fuente la voluntad procreacional, es decir que resulta indiferente a quien pertenece el material genético que produce la concepción sino que el elemento relevante es la intención claramente dirigida a tener un hijo y ejercer los deberes y funciones que de ello derivan. En la gestación por maternidad subrogada está vigorosamente presente este elemento, tal vez más que en otras formas o modalidades de estas mismas técnicas. Por otra parte el Código Civil y Comercial reafirma el marco regulatorio de la conformación homoafectiva de familia en su modalidad matrimonial o convivencial, en los Fundamentos que acompañaron el proyecto sus autores expresan *“La familia en un contexto multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario (arts.403 y ss) y las uniones convivenciales (art.506 y ss), se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legisladorEllo no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”*. Además estas formas familiares tienen el mismo rango lo que implica que no se las ha sometido a restricciones o limitaciones en su calidad familiar en función de su conformación. Pues bien en todo reconocimiento de formas de ser familias es indiscutible que está ínsito el derecho a tener descendencia y así ha sido registrado en el ordenamiento legal al habilitar en estos casos la adopción y para el caso de parejas conformadas por mujeres la maternidad binaria. En el caso de parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones es obvio que el escollo biológico impide la gestación en el interior de la unión; pero ¿puede afirmarse razonablemente que la normativa les prohíbe tener hijos biológicos cuando la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación? La respuesta negativa se impone en este caso, la prueba más contundente es que este tipo de TRHA no se encuentra prohibida, de hecho se practica libremente en nuestro país, y constitucionalmente todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la CN). Es cierto que pese a existir la regulación en el anteproyecto de Código Civil y Comercial esta técnica no fue aprobada, pero esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia la grieta que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento. En conclusión la admisión de esta forma familiar lleva en sí mismo el reconocimiento del derecho a tener hijos mediante cualquiera de las filiaciones admitidas, otra no puede ser la respuesta. Consecuente con

ello la declaración de inconstitucionalidad no resulta necesaria puesto que el CCyC admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio. Sin embargo no se puede dejar de señalar que respecto de este tipo de TRHA existe una clara inconstitucionalidad por omisión de legislar que obliga a la jurisdicción a intervenir para solucionar el vacío legal. Resuelta la primera cuestión corresponde analizar si se dan todos los recaudos que exigen este tipo de técnicas reproductivas para que la filiación pretendida se concrete. Del régimen general contenido en el CCyC se extraen los siguientes presupuestos ineludibles: un acuerdo de las partes intervinientes, el consentimiento informado de todas ellas y la voluntad procreacional de los que han decidido asumir la calidad de progenitores. El primer requisito se encuentra ampliamente cumplido con la documental acompañado a fs. 11 a 14 y 27 a 38 donde surge la voluntad expresa de someterse al tratamiento médico referido, la aceptación incondicional de la calidad que cada uno tendrá en la aplicación de la técnica y las consecuencias que se produzcan de su aplicación. En cuanto al segundo presupuesto también se encuentra cumplido la misma documental acredita que han recibido toda la información médica y legal que requiere la aplicación de la técnica y que es la base fundamental de un consentimiento informado. Asimismo ambos presupuestos han sido ratificados en la entrevista personal de todas las partes mantenida con la suscripta y el Ministerio Público en sus dos ramas, Representación Complementaria y Fiscal. Con relación al tercer y último requisito se encuentra acreditado no sólo por la referida documental sino que la petición judicial es una prueba indubitable de la determinación de los peticionantes de asumir la calidad de progenitores de Nicanor. Asimismo ha quedado probada la ausencia de voluntad procreacional de la Señora V. quien no sólo ha manifestado un conocimiento cabal que su papel es de gestante y no de madre sino que surge de su comportamiento su distanciamiento de toda pretensión y función materna respecto de Nicanor. Asimismo se ha acreditado con la documental agregada a fs.22 a 26 que la gestante no tiene nexo biológico con el niño; pero Nicanor si lo tiene respecto de uno de los peticionantes. Por último no puede dejar de valorarse el interés superior de N. que se encuentra en crisis en la situación actual, al carecer de identificación filiatoria que lo constituya social y legalmente como parte de la familia de los peticionantes, pero lo que es más grave en la violación de sus derechos es la calidad de “indocumentado” que reviste en la coyuntura y que es deber ineludible del Estado solucionar por el procedimiento más sencillo y rápido y de manera inmediata, que es el fin de esta acción ante la laguna legal que la situación vigente plantea. En conclusión la inmediata inscripción del niño con la filiación que le corresponde hace cesar la violación de sus derechos a la identidad, a la identificación, a la documentación y a la integración familiar y por ello es lo que mejor consulta su interés superior. Consecuentemente con lo analizado, encontrándose ampliamente cumplidos los presupuestos de procedencia de la técnica utilizada y el interés superior del niño, corresponde acoger favorablemente la petición y ordenar la inscripción de Nicanor como hijo de P.A. A. y de F. S. V., debiendo llevar los apellidos de sus progenitores en el orden que ellos han acordado. Por ultimo corresponde en función del derecho que tiene toda persona y en este caso particular Nicanor a conocer acabadamente su historia vital, que es el cimiento de la construcción de la identidad personal, conminar a los peticionantes a asumir el compromiso legal de informar al niño sobre las circunstancias de su gestación dejando constancia en los presentes del mismo. Por todo lo dicho y analizado, lo dictaminado por el Ministerio Público en su calidad de Representación Complementaria y Fiscal y lo dispuesto por los arts. 1 y 2, 560 y siguientes del CCy C,

11, 12 y 13 de la ley 26061 7, 8 y 3 de la CDN; **RESUELVO:** **1)** Rechazar la petición de declaración de inconstitucionalidad; **2)** Acoger favorablemente el pedido de inscripción. **3)** Ordenar la inscripción de N. ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo matrimonial de P.A. A. documento nacional de identidad número de F. J. S. V. documento nacional de identidad número, debiendo llevar los apellidos en el orden que han dispuestos sus progenitores, como N. S. A., a cuyo ofíciase con copia de la esta resolución. **3)** Ordenar a los a los progenitores que dejen constancia en autos del compromiso legal que asumen de informar a N. sobre las circunstancias de su gestación. Con lo que terminó el acto que previa su lectura y ratificación firman los comparecientes y participantes, después de SS de los que doy fe.