

**PODER JUDICIAL DE SAN JUAN - TERCER JUZGADO DE FAMILIA**

**AUTOS N° X**

**CARATULADOS "XXX, XXX Y XXX S/ Autorización Judicial"**

**SENTENCIA**

En la ciudad de San Juan a los 15 días del mes de octubre de 2021, en Expediente N° X, caratulado "XXX, XXX Y XXX S/ Autorización Judicial", en trámite por ante este Tercer Juzgado de Familia, se dicta sentencia para resolver en definitiva.-

**I) ANTECEDENTES:**

El día 26 de febrero de 2021 (fs. 21/34) se presentan la Sra. XXX, DNI XXX, el Sr. XXX, DNI XXX, ambos por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. Gustavo M. Lloveras, MP 1806; y la Sra. XXX, DNI XXX, por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. José Luis García Castrillón, MP 4646, a los fines de la homologación del convenio celebrado por las partes a fs. 16/19 de autos sobre Gestación por Sustitución como técnica de reproducción humana asistida a realizarse con el Dr. XXX. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, la autorización del tratamiento médico asistido, y se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la inscripción del nacimiento como hijo de los comitentes o padres intencionales. Ofrecen prueba documental, que acompañan y obra glosada en

autos. Fundan su petición en derecho, exponiendo los principios jurídicos que consideran de aplicación en este caso.-

Para así proceder, realizan un relato de los hechos manifestando que la Sra. XXX y el Sr. XXX (comitentes) se encuentran en relación de pareja desde hace 9 años, y que hace 6 años conviven. Que de una unión previa de la Sra. XXX nació una hija, XXX, DNI XXX, nacida el día 07 de julio de 2007, según Acta N° XXX Año 2007, del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de San Juan, Delegación Capital, Primera Zona (obrante a fs. 05). Actualmente XXX convive con su madre y su esposo, y a la fecha tiene 14 años de edad. Manifiestan que ambos trabajan en una planta procesadora de pasas, en el Dpto. Pocito, denominada "Finisterre S.R.L", y que son una pareja unida, con un proyecto de vida familiar en común. Exponen que se encuentra firme y decidida su "*voluntad procreacional*".-

Por su parte, la XXX, pretensa gestante, es la hermana de la Sra. XXX. Exponen que es estudiante, goza de buena salud y que fue ella quien en una reunión familiar, y dado que XXX se encuentra imposibilitada de quedarse embarazada, se ofreció a gestar a su futuro hijo. Textualmente expresan que "La señora XXX ha demostrado en todo momento, un altísimo grado de convicción y seguridad, expresando en reiteradas oportunidades que cuidará del bebé, por el término de nueve meses, no teniendo inconvenientes en portar su embarazo, debido a que ella no tiene interés en volver a ser madre, siéndolo ya de dos hijos adolescentes, que lo ha hablado y consensuado con su esposo

e hijos, dándoles éstos su aceptación y reconociendo el gran gesto de amor que va a efectuar. XXX (Gestante) se encuentra eternamente agradecida de su hermana XXX, ya que luego del fallecimiento de la madre de ambas, XXX como hermana mayor, se comportó como madre de sus hermanas y su motivación principal la encuentra, en ser solidaria con su hermana, y su pareja".-

Otros datos aportados por las partes, referidos a XXX, hacen alusión a su estado civil, dado que se encuentra unida en matrimonio con el Sr. XXX con quien tiene dos hijos, a la fecha menores de edad. Todo ello lo acredita con partidas/actas correspondientes. Exponen que cuentan con la conformidad y apoyo de toda su familia para la realización de la práctica gestacional solidaria.-

Aclaran que la Sra. XXX no aportará material genético, por lo que no será la madre biológica del gestado o de la gestada por la técnica cuya autorización se requiere. Argumentan que "nos hemos visto obligados a recurrir a esta alternativa, debido a que luego de concebir a su primer hija, a la señora XXX, tuvieron que extirparle el útero a raíz de un sangrado de importancia, pero por suerte tiene un ovario, que de dicho órgano extraerán los óvulos".-

Además, precisan que a fin de realizar la práctica solicitada se realizaron estudios médicos tendientes a determinar la fertilidad de los espermatozoides del Sr. XXX, y la aptitud física de la Sra. XXX para poder llevar a cabo la gestación de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer. Acompañan documental (certificados médicos). Luego describen el

procedimiento médico de fertilización al que pretenden someterse voluntariamente el Sr. XXX y las Sras. XXX y XXX, denominado "OVO/FIV/ICSI", con utilización de espermatozoides y óvulos de los comitentes.-

El día 2 de marzo de 2021 (fs. 35) se rechaza "in limine" el pedido de homologación del convenio, por considerarse que la determinación de la filiación responde a normativas de orden público sobre las cuales no pueden disponer libremente las partes, dándosele a la causa trámite de Medida Autosatisfactiva, conforme los arts. 676 y CC. del Código Procesal Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de San Juan, en miras a la Autorización Judicial incoada. En dicho decreto se ordena la inmediata intervención del Gabinete Técnico de los Juzgados de Familia a fin que realice entrevista psicológica a la Sra. XXX, al Sr. XXX, a la Sra. XXX y al Sr. XXX.

El día 21 de abril de 2021 (fs. 38/44) se recibe informe del Equipo Técnico, en el que las psicólogas intervinientes concluyen que: *"Las personas evaluadas se encuentran en condiciones psicoemocionales de afrontar el proceso de maternidad subrogada para el cual se presentan ante el tribunal".-*

El día 22 de abril de 2021 (fs. 46) se ordena remitir las actuaciones a la Asesoría Oficial N°3, a cargo de la Dra. Romarion.-

El día 29 de abril de 2021 (fs. 47) se recibe el dictamen pertinente. En este caso, la Sra. Asesora Oficial considera que "no existiendo intereses que tutelar, esta Asesoría Oficial se abstiene de contestar la vista conferida".-

El día 18 de mayo de 2021 (fs. 48) las partes abonan el sellado judicial adeudado y solicitan que pase el expediente a resolver.-

El día 18 de mayo de 2021 (fs. 51) se llaman autos a resolver.-

El día 2 de junio de 2021 (fs. 52) las partes requieren que pasen autos a despacho. A fs. 53 se suspende el llamamiento a fin de ordenar la intervención de la Sra. Agente Fiscal, el día 23 de junio de 2021.-

El día 30 de junio de 2021 (fs. 54/55) se recibe el dictamen de la Sra. Agente Fiscal, Dra. Beatriz J. Gil de Usin, en el que, luego de un examen pormenorizado de lo actuado y del derecho vigente, expresa que *"corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del C.Civil, pues el mismo vulnera el derecho humano a fundar una familia y la capacidad de autodeterminación de los comitentes, quienes no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para garantizar la inscripción del hijo o hija que potencialmente pueda nacer de la realización de la técnica pretendida".-*

El día 30 de julio del corriente año (fs. 56) se tiene por recibido el dictamen de la Sra. Agente Fiscal, reanudándose el llamamiento de autos.-

El día 03 de agosto del corriente año (fs. 57) el Dr. Lloveras, requiere que pasen los autos a despacho para resolver.-

El día 05 de agosto del corriente año (fs. 58) se ordena el pase de las actuaciones a despacho para resolver en definitiva.-

## **II. FUNDAMENTOS:**

Firme el llamamiento de autos, ha quedado subsanado cualquier vicio que pudiera adolecer el procedimiento y precluido, en consecuencia, la oportunidad para alegarlos.-

Viene a despacho para resolver el pedido efectuado por las partes de homologación del convenio celebrado y, particularmente, de autorización judicial para la realización de la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) denominada Gestación por Sustitución, a partir del aporte de gametos de la pareja comitente o intencional, Sra. XXX y Sr. XXX, y el aporte de la capacidad gestacional de la Sra. XXX. Luego de una profunda argumentación jurídica, solicitan la determinación preventiva de la filiación del o la por nacer le corresponda a quienes detentan voluntad procreacional, ordenando así su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a cuyo fin articulan la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial.-

## **II.1) FUENTES DE LA FILIACIÓN. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL.**

El Código Civil y Comercial, en su artículo 558, dispone que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. A su vez, los arts. 560 a 564 establecen las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como es la necesidad del consentimiento previo, informado y libre, la voluntad procreacional y el derecho a la información de los así nacidos.-

Como puede apreciarse, a las dos fuentes de la filiación tradicionales contempladas en el derogado Código Civil, por naturaleza y adoptiva, viene a incorporarse la “voluntad procreacional”, la que se concreta a través del consentimiento informado y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistidas. Esta es, al decir de la doctrina, *“la intención de crear una vida mediante las posibilidades que ofrecen los progresos científicos y tecnológicos, y asumir en consecuencia, todos los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental con relación al hijo nacido. En materia de TRHA –como se vio- la voluntad procreacional es el elemento o eje a partir del cual queda determinada la filiación, desplazando así al dato genético como fuente del derecho filial. Por tal razón los arts. 560 a 562 del CCyN aluden a este principio (art. 562) y al consentimiento informado (arts. 560 y 561), que no es más que la materialización de esa voluntad”* (-el subrayado me pertenece- FAMA, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, La Ley, 2017, t. I, págs. 106/7).-

De este modo el nuevo texto legal recepta una realidad fácil de contrastar, como es el uso del avance de la ciencia médica para poder engendrar un hijo. Así, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida es una realidad que no se puede silenciar. Se afirma que con el correr del tiempo millones de parejas infértiles son tratadas cada año como un camino real y eficiente para ser madres y padres. En la actualidad, más de cuatro millones de personas han nacido gracias a procedimientos de reproducción asistida (Conf.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, t. II, págs. 395/396).-

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) son definidas en el art. 2 de la ley 26.862 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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.-

Por su parte la doctrina entiende que las TRHA son un “...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 espermatozoide— conducen a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana...” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, *La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*, La ley del 08/08/2011, pág. 1).-

Al decir de la doctrina, el sistema proyectado confiere el mismo tratamiento y demanda los mismos requisitos para todo hombre o mujer, casado o no, heterosexual u homosexual, ya sea que involucre TRHA homólogas u heterólogas, pues la filiación deriva, en todo caso, del

consentimiento previo prestado (Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 509).-

Así lo dispone expresamente el art. 575 del CCyCN al legislar sobre la determinación de la paternidad extramatrimonial: “En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se generan vínculos jurídicos alguno con éstos...”.-

## **II.2) LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TRHA.**

Ahora bien, en el caso que nos convoca, el art. 562 del CCyCN sancionado modificó sustancialmente el texto originario del Anteproyecto. Este último regulaba expresamente la gestación por sustitución según los lineamientos de la ley griega en cuanto exigía la autorización judicial anticipada para que el acuerdo de gestación por sustitución surtiera efectos determinantes en la filiación.-

Decía el art. 562 del Anteproyecto: “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda 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. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita 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 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 (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.-

Dice el vigente art. 562: “Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien ha aportado los gametos”.-

Como puede apreciarse, el texto actual eliminó la regulación de la gestación por sustitución, pero ello no importa su prohibición (Conf.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora,

*Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 525). 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.-

Con esta redacción, la norma sólo contempla la posibilidad de acceder a la filiación por TRHA a quien pueda gestar y al hombre o la mujer que haya prestado su consentimiento informado. En otras palabras, para el art. 562 la filiación se determina por el parto, esto es en favor de la “gestante”, tal cual era la regla que establecía el Derecho Romano, acorde a dichos tiempos en donde era impensada otra posibilidad.-

Pareciera que con ello se contradice la regla de la voluntad procreacional que el propio art. 562 consagra, a través de la cual debe determinarse la filiación en casos de utilización de TRHA.-

Como pone en evidencia SOLARI, *“Precisamente la novel legislación contiene una regla que viene del derecho romano, consistente en que la maternidad se determina por el parto, aún en las técnicas de reproducción humana asistida (conf. art. 562 CCyC), lo que constituye un verdadero despropósito en el estado actual de la ciencia. Ello así, pues mantener esta regla en un código moderno implica desconocer las distintas variantes que rodean a las técnicas de reproducción humana asistida, en particular a la gestación por sustitución, en donde la gestante, precisamente, no quiere asumir la maternidad. Esta inconsistencia ha llevado a la jurisprudencia, en*

*varias oportunidades, a tener que declarar la inconstitucionalidad del precepto en crisis, por resultar un obstáculo para dichas prácticas” (SOLARI, Néstor E., Las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (TRHA) en el Código Civil y Comercial, en “Revista Pensar en Derecho”, www.derecho.uba.ar).-*

La gestación por sustitución, aunque constituye una TRHA, en nuestro país no se encuentra regulada, por lo que tampoco se cuenta con una definición legal de la misma. No obstante ello, puede citarse a LAMM, quien la define como *“una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (LAMM, Eleonora, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013, pág. 24).-*

Se advierte que la gestación por sustitución conlleva la disociación entre tres elementos o factores que pueden coincidir o no en el acto de la procreación: el factor genético, el factor gestacional y el factor volitivo o socioafectivo (Conf.: FAMA, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, La Ley, 2017, t. I. pág. 200).-

Afirma KRASNOW que: *“Si bien desde nuestro sentir interno, muchos nos preguntamos si esta práctica conlleva a una desnaturalización del acto procreacional que por esencia pertenece al mundo íntimo de la pareja, no podemos desconocer que cerca de cada uno de nosotros esta realidad existe y*

*desde el derecho debemos brindar respuestas, más aún cuando nos encontramos con niños nacidos a través de estos procedimientos” (KRASNOW, Adriana N., La filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en “Tratado de Derecho de Familia”, La Ley, 2015, t. III, pág. 74).-*

La falta de regulación, sin prohibición, deja sujeto el tema a la discrecionalidad judicial.-

### **II.3) LOS DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS.**

El silencio legal no impide tratar la pretensión de las partes, a la cual debe darse una respuesta desde la jurisdicción. Es necesario dejar establecido, en este punto, que es deber del juez o jueza resolver los casos que le son puestos a consideración según las leyes que resulten aplicables, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (art. 1 CCyC).-

Es así que desde la sanción del CCyCN se han venido sucediendo distintos fallos de los tribunales en torno a la problemática en cuestión.-

En primer lugar debe hacerse hincapié que el acceso integral a las TRHA tiene recepción legislativa en derecho interno a partir de la sanción de la Ley 26.862 y del CCyCN. Ello obedece a las transformaciones científicas, sociales y culturales de las últimas décadas y la necesidad de garantizar los derechos humanos involucrados en el uso de estas prácticas.-

Como afirma FAMA, esta inescindible relación entre el acceso a la filiación mediante las TRHA y los derechos humanos fue puesta de resalto por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) c/Costa Rica”, del 28/11/2012. En este fallo se concluyó que la decisión del Tribunal Constitucional de Costa Rica de anular el decreto mediante el cual se regulaba el acceso a la fertilización in vitro en ese país vulneró los derechos consagrados en los arts. 5º (derecho a la integridad personal); 7º (derecho a la libertad personal); 11º (protección de la honra y de la dignidad) y 17º (protección de la familia) de la Convención Americana, pues constituyó una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar, y una limitación al derecho a fundar una familia, que comprende la decisión de convertirse en padre o madre, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla (Ver: FAMA, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, La Ley, 2017, t. I. págs. 87/88).-

En lo que sigue se hace un desarrollo de los principios y derechos que configuran el sustento constitucional y convencional de la filiación por TRHA, lo que importa considerar los derechos humanos involucrados, todo lo cual resulta de especial aplicación al caso que nos convoca.-

**A) Protección integral de la familia y derecho a formar una familia.** Uno de los principios constitucionales vinculados a la filiación es de la protección integral de la familia, reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Ahora bien, el concepto de familia ha ido mutando con el tiempo, de tal manera que en un Estado constitucional y convencional de derecho el

concepto constitucional de familia debe ser definido desde el pluralismo y el respeto a la diversidad, comprendiendo otras formas que no quedan ligadas necesariamente al matrimonio y la filiación por naturaleza (Ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, L.L. 2014-E-1267). Las familias originadas en la convivencia, monoparentales, ensambladas, heterosexuales u homosexuales, entre otras modalidades, constituyen formas alternativas de vivir en familia reconocidas en el sistema constitucional y convencional.-

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.-

La recepción normativa en el derecho argentino de las TRHA, y de la voluntad procreacional como fuente filial, se vincula con el derecho a formar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.-

La propia Corte Constitucional italiana declaró el 9/4/2014 la inconstitucionalidad de los arts. 4.3, 9.1, 9.3 y 12.1 de la ley 40 del 19/2/2004

que prohibían acudir a las TRHA heterólogas, por entender que esos artículos violan el derecho de los italianos a formar una familia (citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 510).-

**B) Derecho a la autonomía personal. Libertad de intimidad.**

Íntimamente vinculado con el anterior se encuentra el derecho a la autonomía personal, el que importa el reconocimiento de cada individuo a diseñar su modelo de familia y a que dicha organización sea acorde al proyecto de vida que ha decidido llevar adelante. Todas las personas capaces pueden elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros.-

Este derecho se encuentra contenido en el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional. 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. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores.-

Como contrapartida, debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando a algunos pueda parecer irracional o imprudente. Este

criterio ha sido elaborado por la Corte Suprema en el precedente “Bahamondez” y ratificado en el fallo “Albarracini”.-

Se trata, ni más ni menos, del derecho a que se respete la vida privada y familiar en cuanto al propio proyecto de autorrealización, que lleva implícita la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, lo cual se encuentra exento de todo tipo de injerencias arbitrarias.-

El derecho a la vida e intimidad familiar se encuentra recogido por diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.). En particular por el art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los arts. 17 y 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y arts. 11, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

**C) 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). 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 determinación de la filiación por 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, Andrés, *La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Ediar, 2014, p. 13).-

**D) Derecho a la salud sexual y reproductiva.** 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° 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 de la 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).-

**E) Derecho a gozar los beneficios del progreso científico.** Este derecho ha sido reconocido en el art. 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tanto dispone que “los Estados partes

en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”; y en el art. XIII de la Declaración Americana cuando establece: “Toda persona tiene el derecho de disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.-

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 oportunidad 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.-

La ley N° 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). Así, consagra el derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida a toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley N° 26.529 (ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud), haya explicitado su consentimiento informado (art. 7).-

Estos avances científicos han sido especialmente contemplados por el Código Civil y Comercial al incluir, como vengo sosteniendo, las TRHA como modo de procrear y a la voluntad procreacional como modo de determinar la filiación. Esto ha dado lugar a que la doctrina especializada afirme que existe un “...derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación...” (FAMA, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, La Ley, 2017, t. I, pág. 99).-

**F) 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 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).-

Es que, como afirman las partes y se acredita con la documentación acompañada, la gestación por sustitución es la única forma que tienen de establecer vínculos filiales con correspondencia genética.-

#### **II.4) LAS CIRCUNSTANCIAS ACREDITADAS.**

Así las cosas, en la presente causa resulta acreditado: 1) Que los Sres. XXX y XXX son titulares de la voluntad procreacional, lo cual resulta de los términos expresos del convenio acompañado y del escrito de demanda; 2) Que, además, serán los aportantes del material genético; 3) Que la Sra. XXX carece de voluntad procreacional, siendo su deseo sólo gestar para los comitentes, no aportando material genético alguno; 4) Que las Sras. XXX son hermanas (actas de fs. 04 y 06); 5) Que XXX se encuentra unida en matrimonio

con el Sr. XXX (acta de fs. 01), quien no tiene objeción con la práctica de la TRHA referida, y quienes tienen dos hijos en común (actas de fs. 01 y 08); 6) Que la Sra. XXX no puede gestar por carecer de útero conforme da cuenta el informe del Dr. XXX (fs. 14); 7) Que los comitentes se encuentran en condiciones psicológicas aptas para decidir ser padres a través del procedimiento médico asistido, asumiendo las consecuencias del mismo, y que presentan competencias parentales como para asumir las responsabilidades que genera el nacimiento de un hijo bajo las condiciones elegidas (informe psicológico de fs. 10); 8) Que la Sra. XXX, invadida de un profundo deseo de ayudar a su hermana, ha decidido voluntariamente subrogar el vientre, adoptando su decisión libremente, y que conoce los riesgos y consecuencias del procedimiento médico asistido (informe psicológico de fs. 13).-

Del pormenorizado informe del Gabinete Técnico de los Juzgados de Familia surge, entre otras cosas, que: “...Mujer Gestante: ...XXX se presenta a la entrevista lúcida, orientada en tiempo y espacio, con discurso claro, conciso, coherente. Es una persona con un adecuado nivel de estabilidad emocional... La gestante tiene capacidad para comprender el proceso al cual va a someterse, con las implicancias físicas, psicoemocionales y legales de su participación en el mismo. Puede diferenciar el “gestar” del “maternar” y comprender que la finalidad del proceso es gestar al hijo de su hermana con su pareja. Es consciente que cuidará al niño/a durante un período de tiempo (el embarazo) pero que ella no será la madre de ese bebé, sino la tía... Padres

intencionales: ...se trata de una pareja, teniendo conocimiento de la imposibilidad de XXX de gestar un bebé, habría considerado la posibilidad de ser padres a través de una gestación por sustitución, desde hace alrededor de 6 años... En la actualidad, teniendo en cuenta el momento evolutivo de la pareja y habiendo concretado sus objetivos laborales y económicos, hace algunos meses, habría comenzado a incrementar la intensidad del deseo de concretar el proyecto familiar... Se evalúa que ambos padres intencionales tienen clara la diferencia entre el “gestar” del “maternar”, cuestión que resulta fundamental para el proceso...**CONCLUSIONES:...** **Las personas evaluadas se encuentran en condiciones psicoemocionales de afrontar el proceso de maternidad subrogada para el cual se presentan ante el tribunal”.-**

Dicho todo ello, y sin pretender realizar un análisis pormenorizado de lo que debiera ser una razonable y ajustada a derecho regulación de la gestación por sustitución en el futuro, lo cierto es que los peticionantes han acreditado en autos que cumplen con todos y cada uno de los recaudos que exigía el texto del art. 562 según el Anteproyecto del Código Civil y Comercial que ha sido transcrito ut supra.-

Ahora bien, ese artículo no fue sancionado y, por ende, los recaudos que contenía no resultan exigibles. En opinión del suscripto, a los fines de la autorización judicial de la gestación por sustitución, sólo las exigencias de esa norma proyectada de: a) tener en miras el interés superior del niño, b) la prohibición de retribución a la gestante, c) la prohibición de ser la gestante la

aportante de los gametos, y d) la plena capacidad de la gestante, parecieran tienen respaldo normativo autónomo. Los demás recaudos enumerados en la norma proyectada podrían, fácilmente, no ser exigidos.-

Entiendo que esos otros recaudos obedecen más a una cuestión de política legislativa fundada en valoraciones axiológicas y/o religiosas que de orden legal, pues de sólo ponderar los derechos humanos involucrados, y que han sido referidos en este resolutorio, esos recaudos resultan innecesarios o, incluso, contrarios al orden normativo constitucional.-

En cuanto al interés superior del niño a considerar en la gestación por sustitución, debe mencionarse que se encuentra contemplado en el art. 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y en el Código Civil y Comercial en diversos artículos (v.gr. arts. 26, 595 a), 639 a), entre otros), por lo que resulta imposible superar ese valladar aún en el supuesto de que no se hubiera expresamente contemplado en la norma proyectada. Este interés superior del niño o niña adquiere particular relevancia en la utilización de la TRHA, sobre todo en la gestación por sustitución, tal cual abordaré seguidamente.-

Respecto a la imposibilidad de percibir remuneración por la gestante, el art. 17 del CCyCN parece así imponerlo al disponer que: *“Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponible por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según las leyes*

*especiales*". Claramente la motivación de la Sra. XXX en poner a disposición de su hermana su capacidad gestacional no tiene otra motivación que la humanitaria, altruista, de solidaridad y afecto, con lo cual no advierto que exista óbice, en este aspecto, a la autorización del procedimiento.-

En cuanto a la exigencia de que la gestante no aporte su material genético tiene su razón de ser en que ésta, sin perjuicio de no tener voluntad procreacional, sería además de la gestante su madre biológica.-

Respecto a la exigencia de la plena capacidad de la gestante, lo cierto es que se trata de un requisito intrínseco de todo acto jurídico, incluso esperable o exigible respecto a los comitentes, por lo que tampoco nada aporta. Es evidente que este requisito de procedencia adquiere particular relevancia en cuanto a la no cosificación de la mujer gestante, siendo relevante en realidad considerar, con rigor, si la gestante ha prestado su consentimiento pleno, libre e informado (Conf.: LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Debates con Nora Lloveras*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI – HERRERA – DURÁN DE DE KAPLAN, "Prácticas de las relaciones de familia y sucesorias", Rubinzal-Culzoni, 2020, pág. 446).-

Como se afirma, *"...para que no exista cosificación es fundamental la expresión fiel de voluntad de gestar un hijo o hija para otro. Las razones forman parte, ya, de la esfera íntima, en la cual el Derecho no puede ni debe entrar"* (DE LORENZI, Mariana y CAPELLA, Lorena, *Gestación por sustitución:*

*cuando el Derecho habla el lenguaje del amor*, en RDF 2016-IV-136, AP/DOC/714/2016).-

De las constancias de autos resulta evidente que la decisión de la gestante ha sido libremente adoptada, con el debido asesoramiento jurídico, comprendiendo que gesta para otros, como así también las consecuencias legales y sobre su salud del procedimiento médico a realizar.-

**II.5) INTERES SUPERIOR DEL NIÑO/A NACIDO/A POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.** Por disposición del art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá es el interés superior del niño”. El principio tiene expresa recepción en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y el art. 3 de la Ley 26.061.-

Este no es un aspecto menor cuando se recurre a la TRHA, pues se encuentra en juego la identidad del niño o niña nacido del uso de dichas técnicas médicas.-

Al respecto, dispone el art. 575 del CCyCN: “Determinación en la técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso

reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos...”.-

Por mandato judicial, ante la incorporación de la tercer fuente filial, como es la “voluntad procreacional”, la filiación del niño o niña queda determinada por el consentimiento previo, libre e informado. El vínculo jurídico filiatorio es con quienes han decidido traerlo al mundo. Si ello es así, resulta violatorio de ese interés superior que su filiación quede determinada en favor de quien carece de voluntad procreacional, de quien no tiene intención de asumir la responsabilidad parental, y de quien sólo quiere poner a disposición su capacidad gestacional.-

Es que, como bien se ha afirmado, la niña o niño nunca hubiese llegado a nacer si los requirentes o comitentes no hubiesen ejercido su voluntad en ese sentido (Conf.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – LAMM, Eleonora, *La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja del interés superior del niño para negar sus derechos*, en L.L. 2014-C-1).-

Pero amén de lo expuesto, debe advertirse que en este caso los comitentes titulares de la voluntad procreacional serán, además, quienes aporten el material genético (certificado de fs. 14), con lo cual huelga resaltar que además de ser padres intencionales serán los padres biológicos, mientras que la gestante carecerá de vínculo genético alguno con el niño o niña así nacido. Siendo ello así, con más razón se afecta el mentado interés superior si se genera vínculo jurídico filiatorio con la gestante.-

En definitiva, proteger el interés superior del niño o niña impone tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar. En este orden de ideas, importante es señalar cómo juega el principio identitario en las TRHA en general y en la gestación por sustitución en particular, pues como ha afirmado calificada doctrina: *“la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”* (GIL DOMINGUEZ, Andrés – FAMA, María Victoria – HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, 2010, pág. 229).-

Como bien se ha señalado, existe al lado de la realidad biológica *“otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana (...) La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone (...) el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo”* (MIZRAHI, Mauricio L., *Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso*, RDF 2004-II-28).-

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Bs. As., que: *“En cambio, cuando el emplazamiento del hijo matrimonial refleja la continuidad de una relación familiar -enclavada en ambos esposos, en donde el marido cumple el*

rol paterno- otorgar al presunto progenitor la legitimación, bajo la sola razón de asentarse en la verdadera realidad biológica, contraría el interés de cada uno de los integrantes del grupo familiar que, individualmente, tienen derecho al respeto de la vida privada y familiar (conf. arts. 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos). Como señala el autor antes citado – doctor Mizrahi- padre no es el progenitor biológico, sino aquél que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares; y es precisamente asumiendo esa ley sociológica que el padre es el promotor de los vínculos donde rige el afecto, permitiendo el equilibrado crecimiento del hijo; el promotor que habilita el acceso de éste a la cultura y da cauce a su normalidad psíquica. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural, y se asienta en razones de profunda comunicación intelectual y oral. Es a tenor de los referidos lineamientos como debe interpretarse la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando este instrumento internacional hace referencia a los "padres", a las "relaciones familiares" y a la "identidad" (arts. 7, 8, 9), no necesariamente apunta al progenitor del niño, o a los vínculos emergentes de la sangre, o a la pura identidad estática. Incluye también a la función paterna que pudo haber desplegado otro sujeto aunque no haya sido el responsable de haber engendrado; a relaciones no nacidas de la naturaleza; y en fin, a la identidad dinámica conformada por los lazos sociales, de continuidad personal y de responsabilidad asistencial. Producida, por ende, una clara disociación entre

una y otra figura, hace a la salud psíquica y emocional del hijo que la ley privilegie la función parental, en tanto ésta se encuentre suficientemente consolidada....” (S.C.B.A., 28/05/2014, acuerdo 2078, autos “L. , J. A. contra J. , P. V. y L. , V.B. . Impugnación de paternidad”, Id Infojus: NV 7985).-

Por ello, concuerdo con HUAIS y TISSERA COSTAMAGNA en que cuando se trata de una gestación por sustitución, el derecho a conocer los orígenes compromete no sólo el derecho del niño a saber que nació de un acuerdo de gestación por sustitución, sino, principalmente, a conocer su verdad gestacional (Conf.: HUAIS, María Valentina y TISSERA COSTAMAGNA, Romina, *Gestación por sustitución y los principios que operan: una cuenta todavía pendiente*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI – HERRERA – DURÁN DE DE KAPLAN, “Prácticas de las relaciones de familia y sucesorias”, Rubinzal-Culzoni, 2020, pág. 459/60).-

## **II.6) ANALISIS CONSTITUCIONAL DEL ART. 562 DEL CCyCN.**

Las partes han solicitado la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN, toda vez que, entre otras cosas, dicha norma importaría determinar la maternidad en favor de la gestante, quien justamente carece de voluntad procreacional.-

Si la única TRHA que permite a la Sra. XXX y al Sr. XXX concretizar todos los derechos humanos que titularizan, especialmente el de formar una familia e intentar procrear, es responsabilidad de la autoridad judicial en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida a esta pareja

cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia: el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos humanos involucrados que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, 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 la CIDH.-

Para ello tomaré en consideración lo dictaminado por la Representante del Ministerio Público Fiscal y tendré en cuenta, especialmente, el informe del Gabinete Técnico del Juzgado de Familia, el que permite conocer al suscripto sobre la comprensión y dimensionamiento que tienen los peticionantes del procedimiento médico requerido y las implicancias del mismo.-

La cuestión de fondo es la admisión o no de la homologación peticionada, y con ello la autorización de la gestación por sustitución y la determinación preventiva de la filiación. Para ello es necesario, en primer término, expedirme si corresponde o no hacer lugar al pedido de Inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN efectuado por las partes.-

A tales fines debo ponderar: ¿Es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 562, en tanto dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz?; ¿existe una limitación legal que impida que el niño o niña nacido/a mediante

esa técnica sea inscripto/a como hijo o hija de los padres biológicos/comitentes?-

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. Por ello, previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Cód. Civ. y Comercial en base a lo que disponen los art. 1 y 2, a los fines de verificar si el sistema brinda una solución a la cuestión.-

En este sentido ha expresado nuestro Máximo Tribunal que la introducción de la cuestión constitucional debe ser eficaz, precisa, sin que sean suficientes las aseveraciones de carácter genérico o abstracto; es menester, por consiguiente, que se proponga específicamente al tribunal de la causa el derecho que se pretende inobservado y cuáles son las garantías constitucionales en juego (CSJN, Fallos: 187-505).-

Por otra parte, dada la gravedad que tal declaración conlleva, el examen de ella ha de ser "estricto" en razón de los efectos que produce (CSJN, Fallos: 312:72; 2315; 226:688; 242:73; 285:369; 300:241; 1087; 314:424, entre otros), es decir que sólo puede acudir a esa solución cuando se trate de la última herramienta de la que puede hacer uso el juzgador.-

Siendo ello así, conforme a lo peticionado por las partes y lo dictaminado por la Sra. Agente Fiscal, adelanto que es pertinente declarar la Inconstitucionalidad de la norma en cuestión.-

Sostiene la Sra. Agente Fiscal en su dictamen, que comparto plenamente, y a cuya íntegra lectura remito, lo siguiente: "...en el caso en estudio analizaré el art. 562 del C. Civil partiendo de la base si dicho artículo, resulta inconstitucional a la luz de los derechos humanos y fundamentalmente de la mujer que expresa su voluntad procreacional y no da a luz. Obsérvese que el mencionado artículo, si bien reconoce la filiación de los hijos engendrados por las técnicas de reproducción humana asistida y nacidos de la mujer que da a luz, deja de lado la voluntad procreacional de la mujer que ha expresado su consentimiento libre e informado pero que no es la gestante, constituyendo de esta manera una barrera al ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos en tratados internacionales investidos con la máxima jerarquía jurídica. Con lo cual y desde la consagración del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud o infertilidad, queda al margen de la posibilidad de procrear...La incertidumbre se presenta al determinar la filiación del hijo o hija, ya que el Código Civil establece que el vínculo filial se establece entre el bebé y la gestante en los casos en los que se apliquen técnicas de reproducción asistida. Los principios que regulan la

normas sobre filiación por TRHA, integran el orden público y deber ser ponderados a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de dichas técnicas, prevaleciendo siempre toda decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño... Conforme ello, en concordancia con el art. 11 de la Ley 26.061, la aplicación del art. 562 del C.Civil, en el caso concreto, atentaría contra el interés superior del potencial niño o niña que nazca producto de la técnica de gestación por sustitución, vulnerando su identidad y a que la misma sea reconocida con quienes han expresado, a través del consentimiento informado, su voluntad porcreacional. En base a los lineamientos argumentativos aquí trazados estimo, sin más, que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del C.Civil, pues el mismo vulnera el derecho humano a formar una familia y la capacidad de autodeterminación de los comitentes, quienes no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para garantizar la inscripción del hijo o hija que potencialmente pueda nacer de la realización de la técnica pretendida” (sic., fs. 56/57 vta.)-.

De la lectura del libelo, se advierte que las partes han invocado la violación o vulneración de variados derechos humanos, con especificación puntual de la repercusión y la entidad de esta violación en el caso concreto.-

Constituye un tópico incuestionable que todo control judicial de constitucionalidad, cualquiera sea la vía que se emplee para su proposición, sólo tiene andamio en el marco de un “caso” concreto. Es decir, toda

inspección jurisdiccional de constitucionalidad se supedita, indefectiblemente, a que la misma opere “in concreto” y no “in abstracto”, debiendo resolverse la cuestión conforme las particularidades del supuesto de hecho singular sometido a juzgamiento.-

En sentido coincidente, autorizada doctrina ha sostenido 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., pág. 692). La existencia del “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”.-

Por aplicación de tales lineamientos a la especie, se evidencia la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, como lo son el derecho a la salud y libertad reproductiva, a la integridad, a la dignidad, a la igualdad, al de formar una familia conforme el proyecto de vida elegido o posible, a la autodeterminación, al goce de los avances científicos, 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), los peticionantes resultan ser titulares de los mismos.-

En definitiva, estimo que la normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y “concreta” los derechos mencionados, y pone de relieve un agravio serio y de entidad que habilita el control de constitucionalidad propiciado.-

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. “Almonacid Arrellano y otros vs. Chile”, Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124).-

Dado que la Gestación por sustitución no está prevista en la legislación fondal, 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 aportarán su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada —art. 562 del CCyCN —, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño.-

En consecuencia, la norma del art. 562 del CCyCN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a los comitentes, mediante el ejercicio del derecho subjetivo que les asiste, ser progenitores mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que la norma bajo análisis resulta inconstitucional en el caso de autos.-

Sin remover el obstáculo legal la pretensión esgrimida no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida quede vinculada jurídicamente con quien no tiene vínculo biológico ni voluntad procreacional, por el sólo hecho de ser la persona que dio a luz.-

El pedido de inconstitucionalidad en el caso que nos convoca atañe al “estado”, atributo de las personas donde se encuentra comprometido el orden público familiar. En este orden la tacha de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN se erige en una cuestión dirimente para la viabilidad de la acción intentada. La norma bajo análisis les impide acceder a la plena operatividad de la voluntad procreacional, pues sólo contempla la posibilidad de acceder a la

filiación por TRHA a quien pueda gestar y al hombre o la mujer que haya prestado su consentimiento informado.-

Si ello es así, advierto que la norma resulta contraria a los derechos humanos de jerarquía constitucional ya comentados y que titularizan los comitentes. Es decir que la disposición legal impide a quien no pueda gestar acceder a las TRHA con la finalidad de ser madre o padre, importando un evidente trato desigual y discriminatorio, violando su derecho a formar una familia a través del proyecto de vida libremente elegido, o posible, su derecho a intentar procrear, contra su dignidad personal, su intimidad, su derecho a la autodeterminación y su libertad sexual y reproductiva. Impide a quien no pueda gestar acceder, en condiciones de igualdad, a los avances científicos en la materia.-

Así, la norma contempla sólo las parejas conformadas por al menos una persona que pueda biológicamente gestar, no pasando el test de constitucionalidad y convencionalidad al dejar fuera de su previsión normativa a toda persona –hombre o mujer- que no pueda hacerlo (conf. art. 16, C.N.). Como ha quedado acreditado, en el caso la Sra. XXX le ha sido extirpado su útero.-

También es discriminatoria la norma para el Sr. XXX, pues éste se vería en la imposibilidad de procrear y formar una familia mediante el uso de una TRHA junto con su pareja, la Sra. XXX.-

Sostener, en el campo de lo hipotético, que los comitentes tendrían el recurso de la adopción como medio para acceder a la paternidad y maternidad, resultaría también contrario al orden normativo internacional toda vez que ello importaría imponerles un modo de ser progenitores que no han elegido libremente. No puede tolerarse una intromisión tal en la vida privada, mucho menos de parte de los organismos del Estado, como lo es la autoridad judicial llamada a resolver la particular petición de las partes.-

Por último, hacer aplicación del art. 562 también resulta inconstitucional al imponerle al niño o niña una filiación que no condice con su interés superior, tal cual ya se ha tenido oportunidad de desarrollar en el acápite pertinente. En efecto, si va a ser legalmente considerado como hijo o hija de quien sólo tiene “voluntad gestacional” pero carece de “voluntad procreacional”, la injusticia que deviene es patente: será tomada por madre, por el hecho del parto, quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el niño o la niña, y no serán padres quienes quieren serlo, desde siempre, y además los aportantes de material genético. Ello contradice, en definitiva, su derecho a la identidad.-

Por todo ello, compartiendo plenamente los fundamentos expuestos por la Sra. Agente Fiscal, corresponde, para el caso concreto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyCN. Como consecuencia de ello, se deja preventivamente establecido que el niño o niña que nazca de la TRHA –gestación por sustitución- será hijo o hija de quienes detentan voluntad procreacional, esto es la Sra. XXX y el Sr. XXX, debiendo así registrarse en

toda documentación vinculada con la identidad del nacido por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.-

**II.7). HOMOLOGACIÓN DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. DERECHO A CONOCER LA REALIDAD GESTACIONAL. CERTIFICADO DE NACIMIENTO E INSCRIPCIÓN REGISTRAL.**

En consecuencia, y removido el obstáculo legal del art. 562 del CCyCN que permite zanjar la cuestión de orden público relativa a la determinación de la filiación e identidad del niño o niña, corresponde avanzar en lo que es motivo de resolución, que es la homologación del convenio de gestación por sustitución, el que debe ser homologado. La homologación del acuerdo que se pretende no es otra cosa que otorgarle fuerza de ley para las partes.-

Sin perjuicio de ello, debo hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, más allá de lo acordado con el debido asesoramiento letrado, que por obedecer a la libre determinación de las partes no admite intromisión alguna, el convenio será captado como prueba relevante de los consentimientos prestados al efecto de la determinación de la filiación pretendida, sin que pueda homologarse cláusula alguna que importe una imposición para la Sra. XXX (gestante) en cuanto a la realización compulsiva del procedimiento médico asistido, quedando siempre a su libre disposición acceder al mismo o no, independientemente de la suscripción del convenio aludido. Es que se trata de una facultad personalísima, no fungible, de hecho

incoercible y, por ende, insusceptible de ejecución forzada o de sanción ante el incumplimiento.-

En segundo lugar, adquiere particular relevancia, en cuanto importa considerar no sólo el derecho de las partes sino también el “interés superior del niño”, lo convenido en relación a los gastos médicos que se generen durante el período gestacional, el derecho de los comitentes a nombrar al niño o niña, y la obligación de éstos de informarle respecto de su realidad gestacional, razón por la cual esas obligaciones contraídas por todos los firmantes forman parte también de esta sentencia, sin perjuicio de la homologación.-

Dicho esto, resulta oportuno señalar que el niño tiene 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 sujeto de derecho (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...”* (Conf.: CNCiv. Sala G.C.R c. C.P.E del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970).-

En este caso, los comitentes deben cumplir con el compromiso asumido de hacer conocer al niño su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez. Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por 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..."* (LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013, pág. 300).-

Es por ello que, inherente a la obligación de los progenitores de hacer conocer al niño sobre su origen gestacional de acuerdo con su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución sanatorial 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 niño o niña.-

En tercer lugar, desde otro punto de vista, resulta pertinente advertir que carece de virtualidad la conformidad prestada por el cónyuge de la Sra. XXX respecto de la gestación por sustitución a la cual se someterá, toda vez que no resulta requisito de validez del consentimiento de la gestante, quien no requiere de autorización alguna para actuar dentro del ámbito de su esfera privada. Una obligada mirada con perspectiva de género así lo impone. Tampoco resulta relevante ese consentimiento marital en cuanto a la presunción de paternidad

matrimonial contemplada en el art. 566 del CCyCN, pues esa presunción opera exclusivamente en el ámbito de la filiación por naturaleza.-

En cuarto término, con igual lógica y fundamento al que justifica que el niño o niña que nazca como consecuencia de la gestación sustitutiva sea legalmente inscripto por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo o hija de la pareja comitente desde el mismo instante del nacimiento, se dispone que —desde igual momento— los únicos autorizados para tomar cualquier tipo de decisión vinculada a su salud o al retiro del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento queda —una vez dada el alta médica correspondiente— a exclusiva decisión de los padres, toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizan como sus progenitores.-

Por último, entiendo que en resguardo de la realidad gestacional, el “certificado de nacimiento” deberá ser emitido reflejando la información de la persona que gesta y la identificación dactilar del recién nacido. Expedir el certificado directamente a nombre de los comitentes importaría una adulteración o falsificación innecesaria que nada aporta en cuanto a la determinación de la filiación, puesto que la inscripción registral que requieren los comitentes será efectivizada en su favor en virtud de lo aquí resuelto. A esos efectos deberán acompañar, junto con el oficio judicial, el mencionado certificado de nacimiento, debiendo dar cumplimiento el Registro Civil y Capacidad de las personas a las previsiones del art. 559 del CCyCN. Expedir el

certificado de nacimiento reflejando la realidad hace al interés superior del niño.-

## **II.8) LICENCIAS.**

Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiendo 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 niño o niña que nazca 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 en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse así también en razón de la maternidad y paternidad.-

Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del niño, tal como lo ordena el art. 3 de la Convención sobre los Derechos 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 niño tiene derecho a ser cuidado por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento, 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 adopción s/ casación, sentencia 4 de octubre de 2004, Superior Tribunal de Justicia. Viedma, Río Negro, Sala Civil).-

Siendo, entonces, que para el ejercicio de la función materno/paterno filial los progenitores deben poder contar con tiempo de licencia laboral, entiendo que corresponde sea gozado desde el mismo día de producido el nacimiento por parte de la Sra. XXX y el Sr. XXX.-

Con respecto a la gestante, Sra. XXX, 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 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.-

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.-

## **II.9) COSTAS Y HONORARIOS.**

Atento la naturaleza de lo peticionado, las costas se imponen por el orden causado.-

De conformidad a las disposiciones de los arts. 12, 13, 47 de la Ley 56-O, en consideración al mérito de la labor profesional, la complejidad y novedad de la temática abordada, su actuación judicial y extrajudicial, se regula a cada letrado interviniente, como patrocinantes, la suma de PESOS CIEN MIL (\$100.000), a la fecha de la presente.-

**Por todo lo expuesto, RESUELVO:**

**1) Homologar el convenio celebrado por la Sra. XXX, DNI N° XXX, y el Sr. XXX, DNI N° XXX, como comitentes, y la Sra. XXX, DNI N° XXX, como gestante, con los alcances y limitaciones previstos en el apartado II.7) de este resolutorio.-**

**2) Autorizar la realización de la técnica reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución, debiendo prestar su consentimiento informado en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.-**

**3) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto, conforme considerando pertinente. Por lo tanto, dejar determinado que la filiación del niño o niña que haya de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en esta resolución es hijo o hija de la Sra. XXX, DNI N° XXX, y el Sr. XXX, DNI N° XXX, debiendo así ser inscripto por ante el Registro del Estado Civil y**

**Capacidad de las Personas. Esta inscripción deberá efectivizarse de conformidad a lo normado por el 559 del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, a tenor del art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, el orden de los apellidos con el que el niño o niña haya de ser inscripto quedará a elección de sus progenitores. A tal fin, ofíciase.-**

**4) Ordenar a la Clínica XXX 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 niño o niña cuando hubiera alcanzado la mayoría de edad, o antes de ello si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera. A tal fin, ofíciase.-**

**5) Hacer saber a la institución de salud interviniente que el certificado de nacimiento debe ser expedido reflejando la información de la persona que gesta y la identificación dactilar del recién nacido/a, y ser entregado a los comitentes/progenitores. A tal fin, ofíciase.-**

**6) Ordenar que los únicos autorizados a adoptar las decisiones en materia de salud que se requieran, como así también al retiro del niño o niña de la institución sanatorial, luego del nacimiento y alta médica, serán sus progenitores. A tal fin, ofíciase.-**

**7) Imponer a los progenitores la obligación de informarle al niño o niña, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional.-**

**8) Establecer, con relación a las licencias laborales, que la pareja conformada por la Sra. XXX y el Sr. XXX, en su carácter de progenitores, habrá de gozarlas desde el mismo día del nacimiento, mientras que la Sra. XXX habrá de gozarlas, en su carácter de gestante, por el período anterior y posterior al parto. Todo de conformidad a lo considerado en el apartado II.8) de la presente resolución. A tal fin, ofíciase.-**

**9) Imponer las costas y regular honorarios, conforme considerando pertinente.-**

**Protocolícese, déjese copia autorizada en autos y notifíquese a las partes personalmente o por cédula, y a la Sra. Agente Fiscal en su público despacho.-**