

AUTO NUMERO: 240. BELL VILLE, 06/12/2018. Y VISTOS: Estos autos caratulados: "D., R. d. V. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION", Expte. N° 6554133, de los que resulta que:

D) A ff. 44/72. comparecen la señora R. del V. D., DNI xx.xxx.xxx, argentina, mayor de edad, nacida el xx/xx/xxxx en la actualidad con treinta y un (31) años de edad; el señor M. E. U., DNI xx.xxx.xxx, argentino, mayor de edad, nacido el xx/xx/xxxx en la actualidad con veinticuatro (24) años de edad, ambos con domicilio en calle xxx xxxxx xxx de la ciudad de xxxxxx, provincia de Córdoba; y la señora L.A.S., DNI xx.xxx.xxx, argentina, mayor de edad, soltera, nacida el xx/xx/xxxx en la actualidad con cuarenta y un (41) años de edad, por derecho propio y con el patrocinio del Ab. RGL. Solicitan se homologue el acuerdo arribado, para lo cual plantean la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, alegando que el mismo atenta contra sus derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Asimismo, requieren un pronunciamiento inmediato, con el fin de evitar que se genere un grave perjuicio actual e inminente a raíz de la situación sometida a consideración, viendo de esa forma afectados sus derechos y garantías de orden constitucional, los cuales se traducen en severas lesiones que infringen tanto nuestra salud física como psíquica, vulnerando así también, nuestros valores fundamentales. Añaden que la necesidad de la resolución se debe a los tiempos biológicos (que son de gran relevancia para la obtención de óvulos fértiles de R.-Madre Intencional-, y para que la implantación embrionaria tenga la mayor posibilidad de éxito en el cuerpo de L.-Gestante-). Manifiestan que ante la imposibilidad de R. de llevar adelante la gestación por ausencia del útero; la gestación por otra mujer –en este caso L. (amiga de toda la vida) – se convierte en la única Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD” – ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica*”. Fundan su petición en las siguientes normas: Ley 26862 (Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-

asistenciales de reproducción médicamente asistida) Decreto 956/2013 (reglamentario de la Ley 26862) y los artículos 14 bis in fine, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y en el Sistema de Protección derivados de los tratados internacionales “Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales” (PIDESC); “Declaración Universal de Derechos Humanos”(DUDH); “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (DADDH); “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPD); “Convención Americana de Derechos Humanos” (CADH); “Convención Sobre los Derechos del Niño” (CDN); que a través del art 75 inciso 22 de la Constitución Nacional resultan de plena aplicación.

A) Hechos: a.- Antecedentes familiares: Dicen que hace aproximadamente más de quince años, R. ante la ausencia de su primer periodo, y a raíz de un largo camino médico, se encontró con un diagnóstico desolador. Ella padece una patología prácticamente ignorada por el entorno médico, que se conoce como “Síndrome de Rokitansky” y/o en su nombre científico “Agenesia Vaginal”, en su caso con presencia de útero con un único riñón pélvico. Expresan que ello no le impidió continuar con su vida, teniendo siempre en miras su intención de llegar a ser madre, así fue como terminó su secundaria y decidió mudarse a xxxx xxxxx donde se tituló como Psicopedagoga Licenciada en Educación Especial. Manifiestan que hace aproximadamente cinco años R. y M. se conocieron, comenzando así una relación en la cual siempre tuvieron en miras la posibilidad latente de formar su propia familia y así poder disfrutarla. Dicen que a esos fines y como modo de cristalizar su relación hace cuatro años decidieron iniciar la vida en convivencia, procurando así mantener su idea inicial de formar una pareja permanente y estable fundada sobre una basen afectiva enmarcada en el diseño de un proyecto de vida que pretenden proyectar mediante el nacimiento de hijos. Expresan que hace más de diez años R. conoció a quien hoy acompaña en esta solicitud, L., mamá de S. A. S. (ahijada de R.) siendo así una persona muy cercana a su pareja. Refieren que ella de forma voluntaria, manifestó su intención de acompañar a R. y M. en este camino, siempre teniendo una certera noción de las implicancias que el mismo conllevaría, aún a riesgo de postergar su carrera. Traen a colación que L. es docente, egresada del Instituto xxxxxxxx desempeñándose hoy a las órdenes de xxxxxxxxxx. Afirman que se vieron obligados a recurrir a esta alternativa, debido a la patología médica enfrentada por R.. b.- Diagnóstico: Expresan que en el mes de septiembre de 2002 se le diagnostica a R. un síndrome conocido como “Mayer- Rokitansky-Küster-

Hause” (MRKS, las siglas en inglés). Explican que en medicina, ese síndrome (grupo de síntomas) también conocido como agenesia mullenaria o agenesia vaginal, es un cuadro clínico malformativo debido a trastornos graves en el desarrollo de los conductos de Muller. Explican que esta enfermedad congénita rara afecta a una de cada 5000 mujeres y que el síntoma principal es el fallo en la aparición de la primera regla del ciclo menstrual en pacientes fenotípicamente femeninas, con ausencia de vagina y útero, pero con ovarios normales y funcionantes. Dicen que el sistema reproductivo se forma durante los primeros meses de la vida “fetal” y que con el MRKH, el sistema reproductivo empieza a desarrollarse pero no termina su desarrollo completamente, y como consecuencia del útero no está presente en el nacimiento. Manifiestan que ante la imposibilidad de ser padres a través de un método de concepción natural y viendo así postergados casi de forma definitiva sus derechos de ser padres, escucharon una novedosa técnica médica, que les informaron que nuestro país no recepta expresamente pero que ha sido motivo de debate, tanto legislativo como jurisprudencial, al punto de contar hoy con un proyecto de ley en el congreso y numerosos precedentes jurisprudenciales a su favor. Desde su óptica dicen que es el último método posible para lograr su anhelo de ser padres, toda vez que han intentado todo lo que estaba al alcance de sus manos para lograrlo. Alegan que luego de diversas charlas con L. y su familia, ésta se ofreció a ser su gestante sustituta y de tal modo “cuidar” a su futuro hijo por nueve meses (forma de decirles que lo gestaría). Dicen que en reiteradas ocasiones, hablaron del tema, ya que ser portante de un embarazo y más si es ajeno, conlleva sus complicaciones, pero ella demostró altísimo grado de convicción y seguridad destacando reiteradas veces que “cuidaría” al menor por nueve meses, no teniendo inconvenientes en portar el embarazo suyo, debido a que ella no tiene interés en volver a ser madre, siéndolo ya de cuatro hijos. Alegan que todo esto les trajo una luz de esperanza, que les hace creer otra vez que si podemos llegar a ser padres. Destacan la falta de interés económico y el amor fraternal exteriorizado por el altruismo del acto de L., al ofrecerse voluntariamente a ser su “Gestante Sustituta, que los llevó a comenzar el asesoramiento médico y jurídico para poder llevar a cabo la gestación por sustitución. c. Estudios médicos para la gestación por sustitución: A los fines de poder realizar la práctica solicitada manifiestan que se realizaron los estudios médicos concernientes para determinar la fertilidad de los espermatozoides de M., la fertilidad de los óvulos de R. y la aptitud física de L. para portar el embarazo. Dichos estudios fueron positivos, los acompañan como documental. d. Descripción General del Procedimiento de

Fertilización mediante ICSI - Gestación Por Sustitución: Explican que la fertilización mediante ICSI es un tratamiento de alta complejidad que se desarrolla en distintas etapas y tiempos que – en grandes rasgos – cuenta con una primera etapa en la que se evalúan las condiciones y calidad de los gametos de cada miembro de la pareja. Determinada la viabilidad de los mismos se inicia la estimulación ovárica mediante la administración de inyecciones para que en ese proceso de ovulación inducida, se produzcan ovocitos en un mayor número que el natural y serán retirados (recuperados) para luego ser sometidos al proceso de fertilización con la técnica ICSI. Una vez así concretada la unión de los gametos, se inicia un tiempo de espera de algunos días en el que se controla el desarrollo del proceso de división celular que se produce en ese óvulo. Cuando el número de divisiones que se produjo le permitió alcanzar la condición de lo que se denomina “blastocisto” es “transferido” al útero. Tras esa transferencia se inicia el proceso, ya en forma natural, en el que el “blastocisto” se implanta (adhiera o anida) en la pared del útero con lo que se considera que ha dado inicio al embarazo. Destacan que en el caso, el embrión sería obtenido con los gametos de los Padres Intencionales (M. y R.), y éste sería posteriormente implantado en el útero de la Gestante Sustituta (L.), conformándose así la práctica de la Gestación por Sustitución.

B) Fundan su petición en los siguientes principios: a) principio de reserva (art. 19 CN), b) principio de autonomía de la voluntad, c) voluntad procreacional, d) interés superior del niño, e) derecho de identidad, f) principios del proceso de familia: tutela judicial efectiva, extrapatrimonialidad, buena fe y lealtad procesal. Citan doctrina y jurisprudencia.

C) Derechos Agraviados. Exponen que la homologación requerida -con previa declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN- y el posterior libramiento de las autorizaciones solicitadas, es a lo fines de subsanar la continua violación de sus derechos constitucionales y convencionales: artículos 14 bis *in fine*, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y en el Sistema de Protección derivados de los tratados internacionales “Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales” (PIDESC); “Declaración Universal de Derechos Humanos”(DUDH); “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (DADDH); “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPD); “Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); “Convención sobre los Derechos del Niño”(CDN); que a través del art 75 inciso 22 de la Constitución Nacional resultan de plena aplicación inmediata en el derecho interno y en el presente caso.

Refieren concretamente a los siguientes derechos fundamentales: a) Derecho a la Vida y a la Libertad Reproductiva; b) Derecho a la Salud; c) Derecho a la Igualdad y No Discriminación: Dividen dos circunstancias que agravan su derecho a la igualdad y no discriminación: desigualdad de oportunidades y la desigualdad en las exigencias. Respecto a las primeras, exponen que la República Argentina no reconoce de forma expresa la gestación por sustitución pero tampoco la prohíbe, sin embargo, hay otros países que sí la amparan y que incluso la reconocen de forma onerosa (alquiler de vientres). Citan panorama legal en lo concerniente a la gestación por sustitución en países permisivos: Rusia, Estados Unidos – California. Luego dicen que se debe tener presente nuestro propio derecho. Citan el art. 2632 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone. Refieren que dicho artículo establece el derecho a aplicar una circunstancia iusprivatista internacional, lo que lleva a una evidente desigualdad: si cualquier otra pareja Argentina concibe a un hijo por utilización de la gestación por sustitución en cualquiera de los países que permiten esta opción (Rusia o Estados Unidos-California) se aplicaría, en materia de filiación, el mentado artículo. Dicha norma indirecta, remite a la legislación que “tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo” dentro de los puntos de conexión dados expresamente. Entienden que si se aplicara el Derecho Argentino Interno, por ser “el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo”, donde no se contempla regulación expresa para la gestación por sustitución, sino que se aplica el art 562 CCC (en cuanto a las TRHA aplica el principio “madre es quien da a luz”), se reconocería en la gestante el estado de madre y no se estaría consiguiendo la finalidad de la propia norma. Estiman que tal reconocimiento no sería el más favorable en post de la protección de los Derechos Fundamentales e Interés Superior del Niño; por lo que se debería aplicar el derecho “del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento” por ser aquel que reconozca a los Padres Intencionales la calidad de padre y madre (como se citó en lo respectivo a la legislación extranjera). Por ello, dicen que el Estado Argentino debe reconocer a este niño como hijo de los padres genéticos y consecuentemente, a éstos como padres del mismo. Concluyen alegando que, si sus recursos económicos fueran suficientes para soportar los gastos para realizar la práctica en el extranjero, podrían ser reconocidos como padres y cumplir su sueño y mayor anhelo de conformar su propia familia, a la vez que importaría ejercer los derechos que actualmente – por no contar con dichos recursos – se les restringen. Entienden que ello constituye un trato desigual y discriminatorio por parte del Estado.

En cuanto a la desigualdad en las exigencias, mencionan que la ley les obliga a operar bajo un “*plano de marginalidad*” (sic), conduciendo a un estado de incertidumbre sobre si los anhelos y derechos, de ser “padres” podrán conseguirse. Afirman que el sistema lleva a los padres intencionales a realizar las prácticas apelando a que la justicia pueda reconocerlos posteriormente como padres, cuestión que nuestro Bloque Constitucional ya ampara pero que, la falta de regulación expresa y el rechazo social de algunos sectores, tornan ilusoriamente como prohibido o imposible. Sostienen que la concreta desigualdad se torna plausible al mencionar que todo lo expuesto no se le es exigible a ningún otro habitante del territorio Argentino y que es notoria la falta para con el cúmulo de personas que padecen las imposibilidades físicas para concebir, como las suyas. Citan doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

d) Derecho al Goce de las Nuevas Tecnologías: Expresan que en nuestros tiempos, algunas situaciones que en un pasado eran inviables, por su alta complejidad, hoy se tornan posibles y están al alcance de las manos por el avance de la ciencia; lo que importa buscar mejorar aún más estas alternativas para alcanzar un mayor grado de confort. Citan doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

e) Derecho a la Protección Familiar: Expresan que los organismos encargados de la tutela de los “Derechos Humanos” y en forma directa nuestro país, dan a la familia un rol central dentro de la vida en sociedad, ponderando a la misma como uno de los pilares básicos de su existencia. Estiman que no permitir la “gestación por sustitución”, porque la misma no encuentra un reparo expreso en las leyes de fondo, sería atentar contra nuestro bloque de constitucionalidad, ya que reduciría a una forma casi nula su oportunidad de ser padres, ignorando así la protección de la que la familia goza en nuestro sistema. Citan doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

f) Derecho a la Libre Disponibilidad del Propio Cuerpo. Añaden que también es necesario pensar qué derechos asisten a la gestante (L.), Así, señalan que se trata de una mujer mayor, en pleno goce de sus capacidades intelectuales, capaz de decidir en forma plena, la cual ha dado su consentimiento informado, conociendo de este modo los inconvenientes y/o riesgos a los cuales se enfrenta con el presente procedimiento. Destacan que la misma ejerce su derecho constitucional de “Disponer de su Propio Cuerpo”. Resaltan que existe una fuerte relación que une a L. con la pareja, al ser íntima amiga de R., y que además es una excelente profesional, que posee un trabajo estable y que desea realizar un acto de amor para con M. y L., alejado por completo de cualquier situación patrimonial; es un acto de generosidad sin igual, que debería ser

respetado como tal y aceptado para cumplirse según sus designios. Citan doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

D) Inconstitucionalidad del art. 562 CCCN. Comienzan diciendo que según el principio de razonabilidad, ningún derecho receptado por el bloque de constitucionalidad podría ser regulado de tal forma que altere la esencia misma de ese derecho; es decir, ninguno de los valores establecidos por nuestro cuerpo constitucional podría ser coartado de forma arbitraria por una norma u acto estatal emitida por alguno de los poderes constituidos, ya que los valores enunciados por nuestra constitución constituyen un límite inderogable. Expresan que si bien dichos valores admiten ser reglamentados, esa reglamentación debe ser realizada de tal modo que su implementación no altere la esencia misma de los derechos tutelados, ni sea emitida de forma arbitraria u irrazonable, ya que si así fuera se cercenaría el ejercicio de dichos derechos reduciendo al mínimo su posibilidad de ejercicio. Afirman que su situación es visiblemente similar, toda vez que, existen derechos fundamentales contemplados por nuestra Norma Magna que permitirían la recepción de la “Gestación por Sustitución”, que dicho instituto no está expresamente prohibido ni mucho menos se enfrenta a valores contemplados por el cuerpo constitucional y que a través de la injerencia arbitraria de un poder constituido, se intenta restringir dicha práctica, la cual es su único modo de hacer efectivos sus derechos a la “Libertad Reproductiva”, “Salud”, “Protección Familiar”, “Igualdad” y al “Goce de las Nuevas Tecnologías”, (derechos expresamente receptados por nuestro bloque de constitucionalidad), por lo cual el actuar del Congreso en el establecimiento de dicha norma (art. 562) sería arbitrario e irrazonable, contradiciendo así la letra y espíritu del art. 28 de la CN. Respecto al principio de supremacía constitucional, consideran “*perfectamente correcto*” (sic) decir que dicho artículo es inconstitucional, ya que se contrapone a la estructura jerárquica brindada por nuestra Constitución, coartando a través de una norma del CCCN (cuerpo con jerarquía inferior), sus derechos tales como “Libertad Reproductiva”, “Salud”, “Igualdad”, “Protección Familiar” y “Al Goce las Nuevas Tecnologías”, derechos plenamente resguardados por Nuestra Carta Magna (cuerpo con jerarquía superior). Argumentan que la regla filiatoria que establece un artículo en específico del CCCN enunciando que “madre es quien da a luz”, se enfrenta al núcleo duro de nuestra constitución, es decir, a aquellos valores fundamentales que hacen a la esencia del ser en sí mismo, aquellos que les corresponden por su estado de persona y para cuya derogación se requieren mecanismos específicos, capaces de otorgar la mayor cantidad de garantías posibles. En definitiva,

afirman que en el caso traído, el art. 562 CCCN se contraponen a los lineamientos que emergen de nuestro bloque de constitucionalidad, vulnerando así los derechos y principios mencionados, por lo que solicitan se declare expresamente la inconstitucionalidad de dicho artículo y proceda a la homologación del acuerdo presentado. Citan doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

E) Autorización del Tratamiento - Orden de Inscripción al Registro General de las Personas. Entienden que corresponde entonces estar a lo que surge del convenio de "voluntad procreacional", por lo que solicitan se brinde autorización para que tanto ellos como la Clínica en la que decidan realizar el tratamiento de fertilidad asistida, operen bajo un amparo legal que dé pleno ejercicio a sus derechos. Por el mismo motivo, solicitan que de nacer con vida el niño, se dé la orden para que el Registro General de las Personas lo inscriba como hijo de R. y M., todo ello conforme dispone la Ley n.º 17671 y haciendo interpretación sistemática con todos los fundamentos de derechos vertidos en el presente.

F) ACUERDO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Adjuntan el acuerdo que se transcribe textualmente a continuación: *"A los 22 días del mes de AGOSTO de 2017, concurren a la suscripción de esta acta de compromiso la SRA. R. D. V. D. DNI xx.xxx.xxx, argentina, soltera, mayor de edad, nacida el xx/xx/xxxx en la actualidad de Treinta (30) años de edad; U. M. E. DNI xx.xxx.xxx, argentino, soltero, mayor de edad, nacido el xx/xx/xxxx en la actualidad con 23 años de edad, ambos con domicilio real en calle xxxxxxxx de la ciudad de xxxxx, provincia de Córdoba; pareja de aquí en adelante denominados "PADRES INTENCIONALES", Y por otra parte comparece la SRA. S. L. A. DNI xx.xxx.xxx, argentina, mayor de edad, soltera, nacida el xx/xx/xxxx en la actualidad con Cuarenta (40) años de edad y con domicilio real en calle xxxxx de la Ciudad de xxxxxx provincia de Córdoba, de aquí en adelante denominada "GESTANTE". Tanto los Padres Intencionales como la Gestante se comprometen a lo estipulado en las siguientes cláusulas:*

*1. Mediante el presente, la Gestante, en pleno uso de sus capacidad física, mental y en ejercicio de sus derechos, manifiesta la voluntad de ayudar a la pareja conformada por los Padres Intencionales para que sean padres biológicos de un hijo, sometiéndose para ello a un tratamiento médico de fertilización asistida (vía IN VITRO) por el cual se le implantará un embrión que posee los gametos aportados por los padres intencionales. La voluntad altruista de la Gestante se basa en el libre ejercicio de los derechos sobre su cuerpo.--*

2. Los Padres Intencionales declaran su imposibilidad de concebir el embarazo buscado de forma natural debido que a R. (uno de los padres intencionales) no puede engendrar hijos, debido a que nació sin el órgano respectivo (Útero), padeciendo de un Síndrome conocido como Mayer-Rokitansky- Küster- Hause. Por lo cual resulta la Gestación por Sustitución la única forma de poner en ejercicio sus Derechos en cuanto a la Libertad Reproductiva y a la Construcción de una Familia.

3. OBJETO - El presente tiene por finalidad lograr el pleno desarrollo de los Derechos de Libertad Reproductiva (según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos humanos del art. 7 inc. 1 del pacto San José de Costa Rica en el fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica”) y de conformar su propia Familia. de los Padres Intencionales; el cual es llevado a cabo por la libre disposición e intención de la Gestante de llevar en su vientre el embrión resultante de la Fertilización In Vitro de los gametos aportados por los Padres Intencionales.—

4. Las Partes aceptan someterse de forma voluntaria a un examen físico y genético completo, bajo la supervisión de los profesionales dispuestos a tales fines, para determinar su salud física y psicológica. También concuerdan cooperar y brindar toda la información requerida sobre historia personal e historial clínico.—

5. Por la presente la Gestante manifiesta de forma expresa, libre y voluntaria que conoce que el embrión que le será implantado, es el resultante de la Fecundación In Vitro de los Gametos aportados por los Padres Intencionales, siendo ellos los padres biológicos del niño/a producto de la gestación, quienes asumirán los derechos obligaciones que le correspondan como tales. Además la Gestante manifiesta conocer y comprender que el proceso fue buscado por la voluntad (art. 562 CCYCN) de los Padres Intencionales de ejercer su derecho a procrear (voluntad procreacional) y la libre intención de la Gestante misma de ayudarlos Gestando al embrión.--

6. Que la Gestante declara que fue informada por un médico profesional y logro comprender en qué consiste el proceso de Fecundación IN VITRO, manteniendo su intención de continuar con el proceso. Así también, declara consciente que asume todos los riesgos del proceso, incluso riesgos de muerte que es incidental a la concepción, embarazo y parto, como también complicaciones subsecuentes.--

7. El presente instrumento tendrá vigencia desde la fecha de suscripción.—

8. Los Padres Intencionales se comprometen a cubrir íntegramente todo gasto médico (consultas, medicación, etc.) que genere el periodo gestacional, siempre y cuando estos no sean cubiertos por la Entidad de cobertura médica de la gestante. También

*manifiestan, que en ningún momento las partes consideran a estos valores económicos como precio de sus servicios.--*

*9. La Gestante declara ser capaz de procrear y concebir niños.—*

*10. La Gestante declara estar de acuerdo con proteger el interés del/niño, producto de la Inseminación, aceptando que no formará parte ni intentara una relación de madre-hijo con cualquier niño/a que pueda concebir por la Gestación por Sustitución, manifestando nuevamente que su única intención es la de ayudar a los Padres Intencionales a realizar su pleno ejercicio del derecho a procrear y que no concibe intenciones de ampliar su familia.--*

*11. Las Partes están de acuerdo en que es derecho exclusivo y excluyente de los Padres Intencionales nombrar al niño nacido. Reconociendo a ellos el carácter de “Padres” al cual se refiere el art. 63 del CC y CN.--*

*12. Las Partes entienden y están de acuerdo en que procederá el aborto del feto si la vida o salud de la Gestante corriera peligro y si este no pudiera ser evitado por ningún otro medio (art. 85 inc. 1 Código Penal). —*

*13. La Gestante declara y entiende que el niño va a ser concebido para el solo y único propósito de formar parte de la Familia de los Padres Intencionales, declarando estar de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias, documentos posteriores al nacimiento del niño, y a participar libre y voluntariamente en cualquier procedimiento judicial necesario para que se le otorgue a los padres biológicos (Padres Intencionales) la filiación correspondiente.--*

*14. Las partes acuerdan y establecen, que en virtud de la estrecha relación existente entre las mismas no se hace necesario el establecimiento un Régimen de Visita expreso, por el cual los Padres Intencionales pongan en contacto a la Gestante con el futuro niño.--*

*15. TERMINACIÓN - El acuerdo concluirá por los siguientes motivos:*

*- Cumplimiento íntegro del objeto del mismo. —*

*- Aborto o Muerte del feto. —*

*- Imposibilidad sobreviniente de llevar a cabo el proceso de Inseminación Artificial en la Gestante.—*

*16. Los Padres Intencionales se comprometen a informar al niño durante su desarrollo y crecimiento, teniendo en cuenta el grado de madurez mental, que el mismo fue concebido a través de esta práctica conocida como Gestación por Sustitución.*

17. *El término niño comprende a todos los niños/as nacidos de acuerdo a las inseminaciones contempladas en este instrumento.--*

18. *Cada una de las partes da fe y declara haber consultado previamente a su abogado sobre los términos de este instrumento, reconocen y comprenden el sentido y alcance de tanto la totalidad del instrumento como así también de cada una de sus cláusulas.—*

19. *Cada una de las partes declara comprender los efectos legales de la suscripción del instrumento, haber leído con detenimiento y comprensión el mismo y declaran que firman libre y voluntariamente. Ninguna de la partes cree que la otra no ha tomado comprensión del instrumento.—*

20. *La Gestante manifiesta, haber consultado con su familia sobre las posibles consecuencias que pudieran derivar a raíz de la efectivización del presente acuerdo, no encontrándose con ninguna oposición por parte de los mismos. —*

21. *Las partes aceptan y se obligan a cumplir con el presente instrumento.—*

22. *Las partes acuerdan firmar el presente en tres ejemplares, perteneciendo uno a la Gestante, otro a los Padres Intencionales y otro a los fines de presentarlo para su homologación judicial.--*

23. *Las Partes acuerdan realizar la presentación del presente instrumento ante el Tribunal Competente para su Homologación, a los fines de poder hacerlo operativo. ---*  
Con certificación notarial de las firmas glosada a f. 6. Adjuntan documental (ff. 1/3 y 7/43).

**II)** Este Tribunal mediante proveído de f. 73, requiere la ratificación del convenio con asistencia letrada. Así, a f. 74 comparecen las partes R. d. V. D., M. E.U. y L. A. S., manifestando las dos primeras que ratifican su voluntad expresada en el escrito de ff. 44/72 mientras que la última, prestando su conformidad a someterse a un tratamiento de fertilización asistida y ser gestante del niño/a por nacer.

**III)** Mediante proveído de ff. 81/81 vta. se dio trámite al pedido de autorización judicial para implantar el embrión formado -mediante tratamiento de fertilización asistida, vía *in vitro*- por gametos de los convivientes R. d. V. D. y M. E. U. a la señora L. A. S., quién dispone su útero para gestarlo; e inscribir el niño/a eventualmente nacido en el Registro de Estado Civil como hijo de los mencionados en primer término. Así, careciéndose de regulación procesal aplicable y atento al objeto de la acción deducida, a los fines de su tramitación se dispuso su sustanciación bajo las siguientes directivas (art. 887 del CPCC): intervención del Cuerpo Técnico de Asistencia Judicial dependiente de la Dirección de Servicios Judiciales, para que a través de psicólogos, psiquiatras y

trabajadores sociales y otros profesionales, interdisciplinariamente proceda a examinar y evaluar a los padres intencionales (R. d. V. D. y M. E. U.) y a L. A. S. (propuesta como "gestante"), e informar sobre el estado de salud psíquica de aquéllos, como así también informar, además, si L. A. S. cuenta con capacidad de decisión para actuar como persona gestante y si para dicha decisión obra libre, plena e informada, debiendo de igual manera, expedirse en torno a la familia biológica de ésta última. Asimismo, a través de sus trabajadores sociales se ordena practicar un amplio y detallado informe ambiental en el domicilio de los padres intencionales y en el de la propuesta como gestante. Por otro costado, atendiendo a la naturaleza del acto objeto de la autorización pretendida, se da intervención al Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética del Poder Judicial de Córdoba (COPRAMESAB; cfrme. AR n.º 28, Serie B, del 20/11/01 y 793, Serie A, 7/11/05), al Comité Ampliado de Bioética (COAMB; cfrme. AR n.º 874, Serie A, del 28/3/07) y a la Oficina de Derechos Humanos y Justicia. Por otro costado, en virtud del planteo de inconstitucionalidad formulado y por versar el *subjudice* sobre materia susceptible de afectar el orden público, se ordena la intervención al Ministerio Público Fiscal de la sede (art. 35 de la ley 7826).

**IV)** Es así que obra a ff. 85/90 informe realizado por el Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas, Sanitarias y Biomédicas; a ff. 108/109 vta. se encuentra glosado informe ambiental practicado en los respectivos domicilios de las partes, realizado por la trabajadora social, dependiente del Cuerpo Técnico de Asistencia Judicial -Equipo Técnico de la sede. Por su parte, a ff.113/114 vta. la Sra. Fiscal de Instrucción y Familia de Segunda Nominación de la sede, toma intervención y contesta la vista que le fue corrida respecto del planteo de inconstitucionalidad formulado y la procedencia de la autorización judicial requerida en los presentes. Asimismo, a ff. 118/119 presenta su dictamen el Sr. Asesor Letrado a cargo de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial, Dr. Wilfrido J. Perez.

**V)** Mediante proveído de f.120 este Tribunal, en atención al estado procesal de la causa y teniendo en consideración la índole del acto para el cual se requiere autorización, convoca a una audiencia con el fin de tomar contacto personal con los padres intencionales y la propuesta como gestante. La audiencia fijada se celebra conforme constancia de f. 122, a la que comparecen R.d. V. D., L. A. S. y M. E. U., todos con el patrocinio letrado del abogado FC y en presencia de la Sra. Fiscal de Familia interviniente. Abierto el acto por el Tribunal, luego de explicado el objetivo y los

alcances de la presente acción, se concede en primer término la palabra a los progenitores intencionales (R. y M.), quienes ratifican la demanda en todos sus términos y manifiestan que la prueba colectada abona los extremos en los que fundan su petición. Seguidamente L. presta idéntica conformidad y manifiesta que es su voluntad ser gestante para que R. y M. satisfagan su deseo de ser padres. Agrega que su pareja (no conviviente) está al tanto del proyecto y lo comparte plenamente. Asimismo alude a que sus cuatro hijos conocen la situación, entienden el proceso y saben que el bebé no será suyo. Reitera que no tiene voluntad procreacional, que el niño o niña por nacer no será su hijo/a que la moviliza solo el ánimo de colaborar y cooperar con los comitentes. Por último, las partes (intencionales y gestante) ratifican lo convenido en cuanto a la revelación de la verdad biológica del niño/a y del rol que L. ocupará en la vida de éste.

**VI)** Dictado el proveído de autos (fs. 124), firme y consentido el mismo, queda la causa en estado de ser resuelta.

**Y CONSIDERANDO:**

**I)** El pedido de homologación de un convenio sobre “*gestación por sustitución*” entre la pareja de R. d. V. D. y M. E. U. por una parte y L. S., por la otra. Por el acuerdo celebrado se comprometen a realizar una técnica de fertilización medicamente asistida en la que el material genético es aportado por los miembros de la pareja y el embrión resultante es implantado en el útero de la Sra. S., quien llevará adelante el embarazo. En caso que se produzca el nacimiento del niño/niña, peticionan sea considerado hijo de la pareja y no de la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto dispone que “*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*”.

**II) El thema decidendum:**

El núcleo del debate finca en dos cuestiones. La primera se refiere a la homologación del acuerdo celebrado y –por ende- la autorización judicial peticionada para la realización de la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución (en adelante GS), a partir de la aportación de los gametos por parte de la pareja comitente y el aporte de la capacidad gestacional de la mujer portadora. La segunda cuestión –por cierto potencial y futura- se relaciona con el nacimiento de la

persona y la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de la pareja intencional D.-U., con la consecuente declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyCN.

**Hechos no controvertidos:** Previo a todo, resulta relevante dejar sentada la plataforma fáctica sobre la cual versará esta resolución. Liminarmente diré que, de las constancias de autos surge indiscutible que R. se encuentra imposibilitada de poder gestar atento a que la misma padece de “Síndrome de Rokitansky” y/o agenesia vaginal, cuyo síntoma principal es una amenorrea primaria en pacientes fenotípicamente femeninas, con ausencia de vagina y útero, pero con ovarios normales y funcionantes (v. ff. 7, 8, 20 y ss.). El otro hecho no discutido es que la Sra. L. S. ha manifestado su interés en ayudar de modo altruista a R. y M., en calidad de progenitora gestante, que una vez obtenida la autorización judicial para realizar la práctica (GS) y exitosa que fuese la misma, asiente a que el niño/a se inscriba a nombre de los progenitores intencionales en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, todo conforme surge de las constancias de ff. 1/6 pasada ante la Escribano GB Reg. Nro. 100 y ratificado mediante acta judicial que corre a f.74. En este contexto ha de verse lo dictaminado por la junta interdisciplinaria conformada por la médica psiquiatra Dra. Garaffo, y la Lic. en psicología María Victoria Pedrini en cuanto refieren que la Sra. S: *“Es comprometida a nivel familiar en relación a su entorno directo, con una modalidad de protección y omnipotencia en torno al ejercicio del rol materno. Posee capacidad empática. Adecuada percepción de la realidad al momento de la entrevista. ... no se evidencian indicadores psicopatológicos en torno al manejo de la agresión e impulsión. .. No presenta indicadores que configuren trastornos al momento del examen. No presenta sintomatología productiva, ni se evidencian indicadores de psicopatología grave. L. es una persona inteligente con criterio de realidad preservado, siendo consciente de la implicación de sus actos. En relación a su ofrecimiento de vientre subrogado para una gestación se la valora libre e informada de manera adecuada para tal decisión”*. En relación al grupo familiar de L. se indica que: *“Se mantuvo entrevista con el grupo fraterno, manifestando los cinco hijos de L. su acompañamiento en relación a la decisión tomada por su madre. Cabe mencionar que se encuentran informados en torno a la implicancia tanto legal como médica del procedimiento al que L. se ofrece (...)* No se advierten indicadores psicopatológicos de gravedad en ninguno de los integrantes del grupo fraterno. (ff. 99/101). Todo lo cual es coincidente con lo manifestado por la Sra. S en la audiencia que tuvo como fin tomar contacto personal con

la misma y los progenitores intencionales, y corroborar el consentimiento prestado, como los alcances y eventuales consecuencias de la autorización solicitada.

Tras esta breve introducción y a partir de esta plataforma fáctica enunciada, me adentro en el pedido concreto de autos, tomando como norte la Ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida, su proyección constitucional y convencional y los estándares jurídicos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” Sentencia del 28.11.2012.

**II. a) Autorización de la Práctica (GS) – Falta de Previsión Expresa. b) Situación de vulnerabilidad y derechos humanos. c) Ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida - Fertilización Asistida. d) Los informes del caso. e) La cuestión de la homologación del acuerdo.**

Ante ello estimo que:

**II. a)** Recordemos que la normativa en cuestión –L. II, T. V, Cap. I y II del CCCN– aluden tanto a las fuentes de filiación, como a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). A partir de estas últimas se puede establecer que la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional. Ésta es el eje de la determinación filial en los casos de filiación derivada de THRA. De modo que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre en los términos que regula el Código Civil y Comercial, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA. Es tan así, que el art. 562 deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, sea que se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja; siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA.” (HERRERA, Marisa – Manual de Derecho de las Familias – Ed. AbeledoPerrot – pag. 487). La GS ingresa como especie del género de las THRA, así pues, en líneas generales es posible definirla como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos. Los cimientos de esta práctica deben buscarse en el derecho a procrear y a formar una familia, siendo éste un derecho humano. En tal sentido se ha dicho: *“Como se puede observar, fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo.*

*Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quien y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener” (FAMA, María Victoria. “La infertilidad y el acceso a la técnicas de reproducción asistida como derecho humano”. LA LEY 18/06/2009 , 3. Cita on line: AR/DOC/2225/2009).*

Por el otro costado, y haciendo un poco de historia, no puedo dejar de aludir al anteproyecto de reforma y unificación de la legislación civil y comercial, la que en su art. 562 contemplaba de manera integral esta técnica, con una clara mirada constitucional y convencional, orientada al respeto de los derechos humanos. El art. 592 establecía: *"El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Cód. 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 acredite que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer, b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica, c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos, d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término, e) la gestante no ha aportado sus gametos, f) la gestante no ha recibido retribución, g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces. 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".*

La regulación proyectada, habilitaba esta TRHA de manera amplia e igualitaria, sin discriminación alguna para garantizar el derecho esencial a fundar una familia. Sin embargo, la normativa que resultó aprobada - como es conocido por todos- guarda silencio en cuanto a la regulación de la gestación por sustitución. Ahora bien, ante lo que la doctrina ha denominado “postura abstencionista” del CCCN se plantea el interrogante de cómo resolver el conflicto que surge en virtud del silencio aludido. Renunciado a cualquier pretensión de originalidad, toda vez que la temática ha sido tratada por frondosa doctrina y jurisprudencia, adscribo a la tesis que postula que la falta de prohibición expresa, habilita sin más a la discrecionalidad judicial, bajo el paraguas

del principio de legalidad (arg. art. 19, Constitución Nacional) en clara salvaguarda de los derechos de todas las personas, en especial el derecho a formar una familia, el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Mariana de Lorenzi y Lorena Capella afirman al respecto que esta falta de recepción importaría una situación de “alegalidad” y las doctrinarias acuden al Diccionario de la RAE para decir que es aquello “no regulado ni prohibido”. Las autoras señalan que *“Es así que hoy en día nos encontramos ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial. Este vacío condena a los nacidos y a sus gestantes, padres, madres y familiares a un limbo jurídico del que sólo pueden ser rescatados por los jueces. De esta forma, hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, las personas involucradas permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Es más, debe advertirse que ese limbo mantiene al niño o niña, en el mejor de los casos, en una situación de alegalidad, cuando no de inexistencia legal, anulándolo deliberadamente en su condición de sujeto de derecho”* (Cfr.: De Lorenzi, Mariana A.; Cappella, Lorena S; “Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor”, comentario al fallo del Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora ~ 2015-12-30 ~ H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC ;Juzgado de Familia nº 9, Bariloche ~ 2015-12-29; RDF 2016-IV-136).

Reciente jurisprudencia es conteste con esta posición: *“Como se puso de relieve supra, no existe norma alguna del derecho objetivo vigente que regule la petición en análisis. Sin embargo, frente a la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3, CCC que resume los conceptos contenidos en los arts. 15 y 16 del Código de Velez) adquiere preeminencia el principio de derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional que reza “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, todo lo cual me lleva a concluir que la práctica de que se trata no está prohibida a la luz de la legislación vigente y por tanto no existe impedimento legal para su realización”* (Juzg. N. Civ. N° 87 Bs.As. 5/5/16, Expte. 61878/2013 “N.O.C.P. s/ Autorización”. Jurisprudencia local refiere al respecto: *“La filiación por técnica de reproducción humana asistida ha sido admitida por el ordenamiento civil reconociendo como causa fuente la voluntad procreacional. Es decir, resulta indiferente a quien pertenece el material genético que produce la concepción. 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*“. Juzgado de Familia de Cuarta Nominación. Autos: “A., P. A. y otro - Medidas urgentes”. Resolución: Acta n.º 98. Fecha: 21/5/2018. No está de más recordar que así también fue entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), en la Comisión 6 de Familia, sobre “identidad y filiación”, al tratarse el tema de la gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que “aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que está permitida”.

Para un cierto sector de la doctrina -postura que se comparte- la gestación por sustitución contaría con una recepción implícita en CCCN por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que dan las tecnologías derivadas del conocimiento científico. De este modo, el art. 558 del CCCN ha incorporado la tercer y nueva fuente de filiación basada en estas técnicas, donde el dato genético no es definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante aquéllas, sino de quien o quienes han prestado el consentimiento a su sometimiento. El elemento decisivo a tener en cuenta y que actuará de basamento nuclear del presente análisis, es la “voluntad procreacional”, que no es ni más ni menos que querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial y que justamente en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir. (Sentencia n.º 47, del 8/6/2018. “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” Juzg. de 2ª. Nom. Civ. Com. y Flia. Villa María).

Con este cardinal ingresa la cuestión referida al derecho a formar una familia como pieza fundamental en los planes de vida de toda persona. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 6º así lo establece “*Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*”. Así también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en su art. 17: “... *el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene 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*”. Se valora, en consecuencia, que el plexo normativo, que forma el bloque de constitucionalidad federal, reconoce el derecho

a fundar una familia. Con este mismo norte, resulta útil analizar la línea adoptada por la CIDH, en cuanto al alcance dado al derecho de que se respete la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, el respeto de la autonomía personal, reproductiva, integridad psicofísica, el derecho a la maternidad, el derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico. En el fallo “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*” se efectúa una interpretación amplia del art. 7° de la Convención Americana al señalar: *“que éste incluye un concepto de libertad en sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, resultando un derecho humano básico, que abarca el principio de dignidad, autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. En este sentido se señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, considerando que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada”* (párrafos 142/143). En función de lo prescripto por el art. 68.1 de la CADH los estados partes deben respetar las decisiones adoptadas por los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por último y paralelamente, el principio pro homine o pro persona, que *“informa todo el derecho de los derechos humanos”* (Portal de Belén, Fallos: 325:292, 306 -2002-) y que resulta *“connatural”* con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004 -2007-), *“impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”* (Acosta, Fallos:331:858, 864 -2008-).

## **II. b) Situación de Vulnerabilidad de R D V D. Protección de derechos fundamentales.**

Considero que el presente caso debe ser analizado teniendo en consideración la situación de vulnerabilidad en la que, por su género y por su estado físico, se encuentra R.. Así, las “100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia” en sus disposiciones 1, 2 3 y 4 alude a las garantías que deben tener las personas en condición de vulnerabilidad, dentro de las cuales se encuentran quienes en razón de aquéllas condiciones “encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

En este sentido, corresponde seguir la interpretación efectuada por la Corte Interamericana en el caso precitado (Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, 28/11/2012), en cuanto interpreta que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (incorporado al bloque constitucional art. 75 inc. 22 CN y Ley 27044), establece: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Cabe considerar que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. En el mismo orden de ideas, la Corte recordó el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. La posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva. (v. cfr. puntos 145/146, 288/293 del fallo citado).

Por otro costado, resulta relevante traer a colación tanto a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fuera aprobada por el Estado argentino mediante la Ley 23179, como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará) ambas se incorporaron al bloque de convencionalidad y constitucionalidad (art. 75 inc. 22, Const. Nac.). En la primera normativa aludida se desarrollan los derechos objeto de protección, a saber. i) 11, inc. 1, punto f ("el derecho a la protección de la salud"), ii) 12, inc. 1 ("eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica", asegurando el "acceso a servicios de atención médica, inclusive -para mejor, prioritariamente- los que se refieren a la planificación de la familia"), iii) 16,

inc.1, punto e, (garantizar... “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso [a] la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. La segunda convención, parte del arquetipo superior fijado en el art. 3. Puntualmente Belém do Pará acentúa que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos.” (art. 4), ofreciendo una enunciación no taxativa de lo que ha de entenderse como derechos comprendidos, que incluye entre otros a los siguientes: (a) a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral; (b) a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia. Está claro que el derecho a asumir la maternidad, mediante técnicas de fertilización asistida, se concibe a partir de estos instrumentos, pues hacen en definitiva al trato digno que debe dispensarse a la mujer, a partir de una perspectiva de género, ya que de lo contrario, se afectaría toda la nómina de derechos que por letra y espíritu de las disposiciones aludidas les asisten.

El marco en el cual se ventila este proceso, no escapa a los fines y objetivos que persiguen las convenciones internacionales ut-supra apuntadas, tanto más cuanto que, se vislumbra que, si bien es cierto que la pareja formada por M. y R. han manifestado su consentimiento procreacional y L. altruistamente actuará como madre gestante, lo que resulta indudable es que la situación de infertilidad congénita que arrastra R. visibiliza la situación de vulnerabilidad apuntada frente al plexo normativo interno, que requiere en consecuencia que su tratamiento no escape a la perspectiva de derechos humanos.

Refuerza el escenario montado, el reconocimiento del derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a la persona, así como a su familia, la salud y el bienestar, la asistencia médica, la protección de la maternidad y la infancia (arts. 25, incs. 1 y 2, Declaración Universal de Derechos Humanos). La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) garantiza en los arts. 5.1 la integridad física, psíquica y moral; el art.11.1 protege la honra y dignidad y el art. 17 protege la familia. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona (art. I), a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección de ella (art. VI), a la preservación de la salud y bienestar por medidas sanitarias y sociales, relativas entre otras, a la asistencia médica (art. XI). Y también lo hace la obligación del Estado de proveer lo conducente a la preservación de la familia, especialmente para su constitución (art. 10, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales). Dentro del contexto local, la Ley 25673, que instituye el Programa Nacional de Salud Sexual, contempla la procreación responsable, proponiendo entre otros objetivos los siguientes: prevenir embarazos no deseados (inc. c) y garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (inc. f) y, como antes reseñé, la Ley 26862 que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La estructura de este bloque se asienta sobre el principio de autorreferencia que la Constitución Nacional recepta en su art. 19, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad (CSJN, 6/4/1993, "Bahamondez", LL 1993-D-130) (J.1A INS.CIV.COM.FLIA.2ª Nom.-V.MARIA "R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES" (EXPTE. N° 2908074), Sent. Nro. 47, del 08/06/2018).

**II. c)** Todo lo expuesto quedaría trunco sino apunto, como elemento de análisis integral de la cuestión bajo anatema, lo dispuesto en los arts. 2, 3 y 7 de la Ley n.º 26862 de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario nro. 956/13.

La normativa aludida no hace expresa mención a la GS, no obstante en el art. 2º se señala que la reproducción médicamente asistida comprende "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 o embriones (conf. art. 2). Del art. 7 se desprende que solo se requiere el consentimiento informado de una persona mayor de 18 años, mientras que el art. 8 establece que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan "no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios, garantizando también el servicio de guarda de gametos e incorporando como procedimiento y técnica a las cuales se puede acceder la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal con gametos de un donante".

Nótese, entonces, que la Ley 26862 coadyuva en la concreción de este derecho de ser madre o padre como parte del proyecto de vida, atendiendo especialmente al pluralismo y la diversidad. La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la CIDH en el precedente "Artavia Murillo".

Apuntalando lo que vengo afirmando, se ha dicho: *La combinación de los artículos citados de la Ley de Fertilización asistida, en casos de infertilidad; nos conduce*

*indefectiblemente a la gestación por otra mujer, quedando implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino. (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida, sus proyecciones constitucionales y convencionales Revista de Derecho de Familia y las personas, agosto 2013, Editorial La Ley, p. 24). Cabe aclarar que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y por tratados internacionales de rango constitucional (conforme al art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad-maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Con el dictado de la ley 26.862 el legislador puso de manifiesto su voluntad de ampliar derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la salud, al establecer, por un lado, que pueden acceder a prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual, o el estado civil de quienes peticionan el derecho regulado. (Fertilización Asistida. Un plenario que garantiza el derecho a la salud reproductiva con perspectiva de género – Gonzalez Magaña Ignacio – La Ley 2018-E, 117 Cita Online: AR/DOC/1877/2018). En otras palabras, en el caso de imposibilidad de llevar adelante la gestación por ausencia del útero, para garantizar el cumplimiento de los arts. 2,7 y 8 de la ley de Fertilización asistida, la gestación por otra mujer se convierte en la única técnica de reproducción humana asistida. (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario Nro. 7 02/12/2014 Publicado en: DFyP 2015 (diciembre) AR/JUR/90178/2014).*

En la especie, se trata que una mujer gesticione en su útero un hijo cuyos gametos provienen de otros “aportantes” que previa fecundación le son implantados a aquélla; y que luego consumado su nacimiento la filiación le es atribuida a los progenitores intencionales. Ostensible resulta entonces afirmar que todavía la gestación no se ha producido, ni tampoco el nacimiento del niño, por lo cual las personas involucradas recurren a la vía judicial de manera preventiva, esto es, para requerir la autorización previa que exige el Centro Médico para poner en marcha el mecanismo necesario a tales fines. Ante la imposibilidad de la pareja de llevar adelante una gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer, en este caso su amiga, resulta ser la única TRHA idónea para ejercer su derecho fundamental a formar una familia y ejercer una maternidad y paternidad responsable y en iguales condiciones que los demás.

**En definitiva**, adhiero al criterio seguido por entender que conforme el sistema de fuentes interno en el derecho argentino, el borrar la gestación por sustitución del CCCN no implica prohibición. Encuentra sustento nuestra posición en la amplitud que consagra el art. 7 de la Ley 26862 y, especialmente, en el resguardo de los derechos humanos personalísimos comprendidos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales junto con la Constitución Nacional ocupan el vértice de la pirámide jurídica, como lo expresa el CCCN en su Título Preliminar. (Krasnow Adriana N.- Pitasny, Tatiana, “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el CCCN” 14.12.2015, Microjuris.com Argentina).

Asimismo y como corolario de lo dicho, emergen los derechos que le asisten a la gestante quien, en el caso bajo examen, se trata de una mujer mayor, que goza plenamente de sus capacidades intelectuales, que fue capaz de tomar una decisión libre e informada en forma plena, que cuenta con asesoramiento legal y que ha prestado su consentimiento conociendo los inconvenientes o los riesgos a los cuales podría enfrentarse con el procedimiento. La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora S. voluntad procreacional. Poner trabas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada.

**II. d) Los informes del caso.** Conforme lo reseñado en los Vistos, se han recabado una serie de informes multidisciplinarios que servirán para dar sustento a la decisión del caso. Así, corresponde ahora ponderar lo informado por los especialistas que han intervenido en su elaboración. En ese camino, por un lado valoro especialmente la situación de las partes firmantes del acuerdo (progenitores intencionales M. y R. y la gestante L.) conforme da cuenta la encuesta socio ambiental realizada por el Equipo Técnico de la Sede, en cuanto concluye: *“Relación padres intencionales – mujer gestante: La relación de la pareja D. – U. con L S., deviene de hace tiempo, de hecho R. es madrina de su hija S. a quien ha cuidado desde pequeña. Tanto M. como R. refieren que mantienen un trato placentero con L., que han acordado cuestiones con respecto a lo que vendrá después del parto, consideran que todo ha de continuar como hasta ahora, que entienden que el gesto de la misma es de una total generosidad para con ellos. En referencia a esto L. manifiesta que su decisión está dada porque sabe de la imposibilidad que tiene la pareja de concebir un hijo biológico, que esta predisposición a brindar su útero, la mantiene porque considera que es un bien para*

ellos. Pero que también en la medida de sus posibilidades brindaría contención materna para aquellos niñas, niños, que por alguna razón necesiten cuidados. Por lo que significa que tomaría esta decisión en relación a su propia historia de vida y de la significación en su representación social del ejercicio del rol materno”. De esto se colige y destaca, por un lado, la plena y cabal manifestación de la voluntad procreacional de R. y M. y, por el otro costado, la actitud altruista y desinteresada de L. en apoyo a la realización de esta práctica, la que por lo demás favorecerá a la pareja formada por sus progenitores intencionales. Además, me remito a lo relacionado en punto I respecto de lo informado por la junta interdisciplinaria conformada por la médica psiquiatra Dra. Garaffo y la Lic. en psicología Dra. Pedrini en cuanto a lo trabajado con L., de lo que se desprende que “su ofrecimiento de vientre subrogado para una gestación se la valora libre e informada de manera adecuada para tal decisión” y que sus hijos se encuentran informados en torno a la implicancia legal como médica del procedimiento y que aunque se advierten ciertos temores refieren confiar que no surgirán inconvenientes. Por otro lado, respecto de R. d. V. D. las profesionales indican: *“Se vincula de manera dinámica con sus emociones. Por otra parte, algunos aspectos ligados al diagnóstico Síndrome Rokitansky, las diferentes intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos seculares a ello han operado como un hecho disruptivo en su vida, en plena instancia evolutiva de la adolescencia impactando de manera traumática. Tal situación inevitablemente la enfrenta ante la imposibilidad de concreción de un embarazo. De todas maneras, R. ha podido posicionarse favorablemente ante tales vicisitudes, focalizando sus recursos en la construcción de un proyecto futuro, del que forma parte la iniciativa de la subrogación de vientre o de la adopción. Como características del yo se manifiesta responsable, perseverante, comprometida a nivel afectivo, dando prioridad a valores vinculados al respeto, la responsabilidad y el cuidado de la familia”*. También cabe considerar especialmente que profesionales forenses del Poder Judicial, Dra. Amalia Fabre y Dr. Raúl Ruiz Córdoba, en el informe que obra a ff. 91/91 vta. dan cuenta que, en le han explicado en detalle a L. S. el procedimiento y riesgos de la práctica cuya autorización se solicita, y que la nombrada expresa su decisión a continuar con ella. Así, detallan: *“La mencionada [L. A. S.] tiene 40 años de edad, multigesta múltipara, tuvo 4 partos normales, manifestando no haber tenido patología alguna relacionada con la gestación durante los 4 embarazos. Tiene 4 hijos de 22, 20, 17 y 12 años. Refiere no haber recibido, a la fecha, de parte de un profesional, en forma detallada el procedimiento a*

*realizar y sus riesgos. Sí, haber firmado un consentimiento para el acto, en forma libre y decidida. Luego de explicarle en detalle procedimiento y riesgos, fundamentalmente dirigidos a los inherentes a su edad y la gestación y en relación al procedimiento a realizar, conserva su absoluta decisión a continuar con el mismo... ”.*

Por último, obra a ff. 85/90 informe realizado por el Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas, Sanitarias y Biomédicas, que concluye luego de ponderar los riesgos (para la gestante, el niño gestado, los padres procreacionales y la sociedad) y considerar que algunos los señalados potenciales pueden atenuarse, concluye que existen componentes del presente caso que pueden influir favorablemente para la autorización de la práctica. Así, primero da cuenta de los pasos efectuados, algunos ya indicados: 1. Entrevista médica, que ya fue referida precedentemente. 2. Entrevista con licenciada en psicología y médica psiquiatra con las partes del caso, Sra. R. d. V. D., M. E. U. y L. del V. S. y sus hijos, también ya relacionada. 3. Comité ampliado de bioética dirigido a opinión bioética general. El Comité Consultivo concluye: *“respecto al niño existe riesgos potenciales desconocidos, en la esfera psicológica, que podrían influir en la construcción de su identidad. Sin embargo según la literatura no necesariamente se producirían trastornos por el modo de concepción, en cuanto a los adolescentes y adultos, un acuerdo de voluntades no garantiza la contención de emociones que se generarán durante el embarazo, parto y posparto. La literatura especializada aún es insuficiente. Cada caso requiere del análisis bioético particular. En el que nos ocupa existen componentes que pueden influir favorablemente.”*

En conclusión, de lo ponderado precedentemente, considero que debe hacerse lugar a la autorización para someterse a la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. Para ello tengo especialmente en cuenta las circunstancias concretas del caso bajo examen, y no solo el derecho constitucional interno sino de modo primordial, el elenco de instrumentos internacionales que constituyen las bases de los Derechos Humanos.

## **II. e) El pedido de homologación**

Sobre este tópico es dable dejar debidamente aclarado que, la cuestión medular del acuerdo que corre glosado a ff. 4/6 se corresponde con el título de su encabezado “Acuerdo de Gestación por Sustitución” y que las partes han iniciado las presentes actuaciones solicitando su homologación. Con ese norte este tribunal entiende, como se indicó, que la práctica debe ser autorizada toda vez que resulta plenamente admisible, de conformidad con las consideraciones precedentemente efectuadas. En efecto, esto es

así por todo el plexo normativo citado que protege los derechos de las personas involucradas en la práctica de GS no prohibida y por ende permitida (art. 19, CN) y teniendo a su vez en consideración, los informes requeridos que ilustran el contexto fáctico del caso y las situaciones personales de las partes involucradas, como así también, los dictámenes que refieren a la cuestión bioética planteada.

Así las cosas, el mentado acuerdo refleja la voluntad de las partes en someterse a la práctica referida (R. y M. como padres que aportan el material genético con voluntad procreacional y L. como gestante con ánimo altruista) y ello es tenido en cuenta para decidir la autorización pretendida. Incluso, dichas expresiones de voluntad han sido corroboradas por las partes en la audiencia designada en la que tomé contacto personal con ellas, oportunidad en la que reafirmaron cada una su decisión al respecto.

No obstante, considero que el acuerdo no puede homologarse. Esto es así, toda vez que en él se tratan derechos inalienables de las personas involucradas. Así, la homologación de un acuerdo privado es requerida a los fines de darle ejecutabilidad ante el incumplimiento de alguna de las partes, pero en el caso planteado esto no puede darse, precisamente, por los intereses en juego implicados. Por ello, comparto el criterio sustentado por la Sra. Fiscal de Familia (v. dictamen a ff. 113/114 vta.) en cuanto expresa: *“La homologación a ultranza del acuerdo implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho incoercibles y por ende insusceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento (...). Que si bien, el Poder Judicial no puede atribuirse facultades legislativas –dilucidar el contenido de Derechos Personalísimos contenidos en el acuerdo-, si puede “clarificar o direccionar” la voluntad de las personas que firmaron dicho acuerdo y, por ende, afirmar que la voluntad allí contenida, es antecedente válido para autorizar o no la práctica médica y otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso...”*.

Por tal motivo estimo que no es viable homologar el acuerdo celebrado, no obstante que –por las razones ya expuestas- se autoriza la gestación por sustitución en los términos en que ha sido solicitada por las partes.

### **III.- Del pedido de declaración de inconstitucionalidad.**

En este orden de ideas, cabe ingresar al análisis del segundo planteo efectuado por los peticionantes, en cuanto a que de resultar exitosa la práctica (GS), el o los recién nacido/s sean inscriptos a nombre de sus padres intencionales: M. y R..

Luego de haber pasado revista a la normativa nacional y supralegal aplicable al caso, como a la jurisprudencia pertinente, en particular el caso “Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica” de la CIDH, recordando además las distintas posturas en cuanto a la viabilidad de la GS como TRHA, atento no encontrarse prohibida por el plexo normativo (arg. art. 19 C. Nac.); advierto que el art. 562 del CCCN en cuanto no reconoce la maternidad a la mujer comitente, sino a la gestante (“*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...*”) confronta abiertamente el bloque de constitucionalidad y convencionalidad reconocido en nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22). En efecto, adelanto opinión en el sentido que, la norma en crisis conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales (derecho a formar una familia, a la vida privada, a la identidad, etc.) lo que determina que dicho texto resulte incompatible con la protección que la magistratura debe a las personas en el marco del sistema protectorio de los derechos humanos.

En este marco, traigo a colación prestigiosa doctrina autorral que afirma: Como es sabido, a partir de su consagración en la posición mayoritaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006, el tribunal ha reiterado en numerosas oportunidades la doctrina denominada del “control de convencionalidad”, conforme a la cual: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad” (SAGÜÉS, María Sofía. “El control de convencionalidad y control de constitucionalidad en el recurso extraordinario federal. Retroalimentación (la cuestión federal por potencial responsabilidad internacional del Estado)” En PALACIO de CAEIRO, Silvia (Dir.) - *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino.* “, T I, pág. 215, Ed. La Ley).

Nuestro más Alto Tribunal tiene resuelto: “(...) los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. (...) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...) Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.” (CSJN, 27.11.2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino si daños y perjuicios”).

Cabe citar además un precedente reciente que refuerza la línea apuntada: “Que, asimismo, es imprescindible considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de derechos humanos, pues su propósito es -por encima de cualquier interés propio de los Estados- la protección de los derechos fundamentales de los individuos. En tal sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que "el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello (...) debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo 'su efecto útil'" (ver Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 26 de junio de 1987, Excepciones Preliminares). En consecuencia, al interpretar las cláusulas de un tratado de derechos humanos debe optarse -siempre y cuando no se

*violenten sus términos- por aquella exégesis que conduzca a fortalecer, y no a debilitar, el sistema de protección allí consagrado (artículo 31 de la Convención de Viena y artículo 29 de la Convención Americana. En igual sentido: Corte IDH, Opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párrs. 43 a 48; Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, párrs. 47 a 50; Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 20 a 24; y, entre otros, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 30; y caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 42 y 59). (CSJN. 06.08.2013 C. 568. XLIV. C. 594. XLIV. RECURSOS DE HECHO Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut).*

En definitiva, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta –frente a un caso concreto- no solo el tratado sino también la interpretación que el mismo ha recibido de la CIDH (interprete último de la convención), ello implica que los jueces locales no solo deben ejercer un control de constitucionalidad sino también que, se transforman en los primeros jueces internacionales al imponérseles el deber de controlar de oficio la convencionalidad entre las normas internas y las convenciones internacionales.

Resulta pues evidente a estas alturas del epígrafe, que para valorarse la constitucionalidad de la norma en crisis, resulta imperativo reingresar al debate la cuestión de la voluntad procreacional. Como dijo, no es ni más ni menos que lo que indican sus términos: la intención, el querer engendrar un hijo. Es más, podríamos afirmar que se trata de la típica fuente de creación del vínculo filiatorio jurídico en el campo de la reproducción humana asistida, específicamente en los casos de fecundación heteróloga como así también en los casos de maternidad subrogada –que puede o no ser con material genético de un tercero. Por ende, se puede advertir que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de filiación, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico. Aquí es donde se conjugan las faces estática y dinámica que integran la identidad de una persona según Fernandez Sessarego. Y es en este contexto donde Mizrahi divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico. (GIL DOMINGUEZ – FAMA- HERRERA, Derecho Constitucional de Familia, T. II, pag. 835/836, Ed. Ediar).

Entonces no puedo menos que suscribir lo dicho en el precedente ya aludido del Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario Nro. 7 02/12/2014 Publicado en:

DFyP 2015 (diciembre) AR/JUR/90178/2014 en cuanto afirma: “Las distintas formas de familia gozan de protección constitucional, convencional y legal, considerándose como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derechos a la protección de la sociedad y del Estado (art. 21.1.del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 16.3. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. VI Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, art. 17.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así que, encontramos uniones de hechos, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales, matrimonios homosexuales, familias ensambladas, coexistiendo y conviviendo en un marco de tolerancia, de respeto, propias de una sociedad pluralista. Todas estas variables de "familias" pueden conformarse con descendencia o sin ella. Compartimos el pensamiento de la Dra. Luciana Scotti quien reflexiona acerca de que el derecho filiatorio tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica y filiación adoptiva, se encuentra en crisis, pues la realidad pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial a través de las técnicas de reproducción humana asistida, con una causa fuente independiente, la voluntad procreacional. (SCOTTI, Luciana "El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada, una realidad colmada de interrogantes sin respuesta jurídica").

Esta idea de voluntad procreacional no es reciente, sino que ya se perfilaba desde hace tiempo, siendo claro en ello el Dr. Díaz de Guijarro, cuando distinguió tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional, ellos son la voluntad de la unión sexual, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional. En este sentido, la denominada voluntad procreacional es el deseo o intención de crear una nueva vida, un hijo, a quien se le brindará afecto, educación, a quien en definitiva se criará, por ello es que sin duda contiene un elemento volitivo, que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial, que en el campo de la reproducción humana asistida, se ha afirmado es la típica fuente de creación del vínculo (KRASNOW, Adriana "Matrimonio civil entre personas del igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio", editorial La Ley p. 174 y "La verdad biológica y la voluntad procreacional, LA LEY, 2003-F, 1150, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Herrera Marisa, y LAMM, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad, Luces y sombras de un debate incómodo y actual" La Ley, Tomo 2010-E p. 977), GIL

DOMÍNGUEZ, HERRERA y FAMÁ "Derecho Constitucional de Familia, T. II, Ediar, 2012, p. 833).

En otras palabras, en las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero a ajeno. De este modo el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante las técnicas de análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. Definitivamente rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético, para dar nacimiento al vínculo filial (VITTORI, Valeria "Cuando una verdad no alcanza. Aportes a un abordaje transdisciplinario en materia de filiación" Revista de Derecho de Familia y de las personas Año V, Nro. 5 Junio 2013, p. 59).

En palabras gráficas, las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm sostienen que la voluntad procreacional constituye la columna vertebral para la determinación filial derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LAMM, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme la regla de la voluntad procreacional" La Ley, 2013 p. 195). Es decir, "prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética" (RUBAJA NIEVE, Derecho Internacional privado de familia, Abeledo Perrot, 2012, p. 325)".

En atención a todo lo expresado, no cabe lugar a la menor duda que el art. 562 del CCCN adopta una postura desfavorable respecto a la gestación por sustitución al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante. Así pues se advierte que en este caso se vulneran de manera flagrante los derechos fundamentales consagrados supralegalmente. No desconozco que este tipo de resoluciones -que implican la declaración de inconstitucionalidad de una ley- son la "*última ratio*" (razón última) del sistema jurídico, no obstante lo cual ello se impone ante el caso sub-examine, puesto que impide que R ejerza su legítimo derecho a ser madre por una THRA y por tanto corresponde despejar el valladar contenido en el art. 562 del CCCN, declarando su inconstitucionalidad en autos.

De no adoptarse este camino, quitando el impedimento legal de la disposición del art. 562 del CCC, la autorización que esta resolución alumbra resultaría inviable e

intrínsecamente contradictoria. Se transformaría en una encerrona que la propia autorización procura despejar, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, debe reconocer a esta última como su madre, invalidando la razón que le dio carta libre a la práctica como la voluntad procreacional de R.

Concurrentemente con lo resuelto, la Sra. Fiscal expresó: *“Además, se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto, por ello, la petición merece ser acogida. Es que frente al vacío legal, las partes recurren al carril jurisdiccional para requerir la autorización y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, los aportantes del material genético, sean considerados como progenitores conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que lleva adelante el embarazo. Es que debido a la falta de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación y frente al Art. 562 CCC que establece que, no resulta posible atribuir la calidad de progenitora a quien no da a luz el niño, corresponde salvar este obstáculo. Finalmente de los términos del planteo de inconstitucionalidad, se advierten claros agravios que justifican la tacha intentada. Por lo expuesto entonces, y superando las normas en crisis el test de constitucionalidad a que toda disposición se encuentra sometida, a criterio de esta Fiscal, solo cabe concluir que corresponde sea admitido el planteo articulado en autos”*.

En consecuencia y en razón que he declarado la inconstitucionalidad de la norma citada, corresponde avanzar en lo que es motivo de resolución.

**IV)** Por todo lo analizado debe autorizarse la práctica de gestación por sustitución requerida debiendo las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por el art. 560 del CCyCN. En consecuencia, se ordena que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la misma, el niño o niña sea inscripto como hijo/a de R. d. V. D. y M. E. U., sin vínculo legal con la Sra. L. A. S.

**V) Derecho del niño/a eventualmente nacido/a a conocer sus orígenes. Realidad gestacional.**

Asimismo y en resguardo del derecho a la identidad que también presenta un resguardo constitucional (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle al niño/a eventualmente nacido mediante la GS que se autoriza, el acceso a

conocer sus orígenes, el que comprenderá conocer su realidad gestacional, que incluye saber que nació de un acuerdo de gestación por sustitución y la identidad de la gestante. Por ello, como primer medida se insta a R. del V. D. y M. E. U., para que hagan conocer a su hijo/a su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender su historia vital.

Asimismo y en segundo lugar, considero adecuada la recomendación realizada por el Sr. Asesor Letrado a cargo de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia de este Poder Judicial (v. ff. 118/119 vta) en cuanto a la conservación de las presentes actuaciones *ad eventum*, a los fines de garantizar al niño/niña eventualmente nacido el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional, lo que así dispongo (argum. art. 596, del CCC). Por ello, deberá tenerse presente el “valor jurídico permanente” de pleno derecho del que gozan las presentes actuaciones a tenor de lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 9360 de “Conservación, selección y destrucción de documentos judiciales” y lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo Reglamentario 511, Serie “A”, de fecha 17/09/1999, que resulta aplicable analógicamente.

**VI)** Las costas se imponen por el orden causado.

**VII)** No corresponde regular los honorarios de los abogados actuantes, en base a lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario, entendido en sentido contrario.

Por todo lo expresado, teniendo en cuenta lo opinado por la representante del Ministerio Público Fiscal y en base a lo dispuesto por los arts. 1, 2, 560 y siguientes del Código Civil y Comercial, art. 19 de la Constitución Nacional y demás normas referidas.

**RESUELVO:**

1) Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz.

2) Autorizar a realizar la Gestación por Sustitución entre los comitentes R. d. V. D. (DNI xx.xxx.xxx) y el Sr. M. E. U. (DNI xx.xxx.xxx), y la gestante Sra. L. A. S. (DNI xx.xxx.xxx), en la forma peticionada; esto es por implantación del embrión formado por gametos de los padres intencionales mencionados precedentemente en el útero de la gestante sustituta; debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud de su elección en los términos del art. 560 del CCC.

- 3) Ordenar que el niño/a nacido/a de esa práctica sea inscripto ante el Registro de estado Civil y Capacidad de las Personas pertinente, como hijo de R. d. V . D. (DNI xx.xxx.xxx.) y el Sr. M. E.U. (DNI xx.xxx.xxx).
- 4) Determinar que el niño/a nacido/a de esa práctica no tenga vínculo jurídico con la gestante, señora L. A. S., DNI xx.xxx.xxx.
- 5) Instar a Rdel V D y M E U, a que en caso que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/niña acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente.
- 6) Disponer la conservación de las presentes actuaciones *ad eventum*, a los fines de garantizar al niño/niña eventualmente nacido el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional (argum. Art. 596 CCC, art. 5 Ley 9360 y AR 511, Serie A, 17/09/1999).
- 7) Imponer las costas por el orden causado.
- 8) No regular honorarios a los abogados intervinientes, en esta oportunidad (art. 26 a contrario sensu, Ley 9459).

**Protocolícese, hágase saber, dese copia.**

BRUERA, Eduardo Pedro  
JUEZ/A DE 1RA. INSTANCIA