

**AUTO n.º 587.**

Córdoba, veintinueve de octubre de dos mil veintiuno.

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**P. B. R. – T. V. – SOLICITA HOMOLOGACION (EXPTE.)**” de los que resulta que: **1)** Con fecha 12.03.2020 comparecen R. P. B., F. W. y V. T. junto al letrado F. C. y peticionan se homologue el acta de compromiso presentada (sic) conforme sus términos. Dejan planteada la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, por entenderlo atentatorio de 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. Expresan que, ante la imposibilidad de llevar adelante la gestación (por parte de los dos primeros de los nombrados) la gestación por otra mujer (Sra. V. T.) se convierte en la única Técnica de Reproducción Humana Asistida 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) y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD. Citan jurisprudencia, legislación y doctrina que entienden aplicables al caso. Refieren que R. y F. son pareja hace cuatro años, teniendo siempre en miras formar una familia, y criar un hijo. Que habiendo conocido la figura de la gestación por sustitución, V., una amiga cercana a la pareja, luego de analizarlo, les manifestó que “...sería un acto hermoso el de ayudarlos a cumplir su tan ansiado sueño, por lo que les ofrezco mi pancita para ser la cunita de su hijo...”. Que, luego de ello, “...nos realizamos los estudios médicos concernientes para determinar la fertilidad de los espermatozoides de R., y la aptitud física de V. para portar el embarazo, teniendo en cuenta que los óvulos serán donados (banco de óvulos)...”. Describen el procedimiento médico a seguir conforme la técnica a utilizar (Fertilización mediante ICSI). “...cabe destacar, que en la particularidad del caso presentado ante SS, el embrión sería obtenido con el espermatozoides aportado por uno de los Padres Intencionales (R.), y un ovulo obtenido a partir de un banco de óvulos, este embrión formado de a partir de la unión de los mencionados gametos será posteriormente implantado en el útero de la Gestante Sustituta (V.), conformándose así la práctica de la Gestación por Sustitución...”. Cita los fundamentos jurídicos y principios aplicables al caso. Ofrecen prueba: Documental. Hacen reserva del Caso Federal. **2)** Admitida formalmente la pretensión se ordena dar

intervención a la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia y a Catemu a fin de que practique una amplia encuesta socio-ambiental en el domicilio de los pretensos progenitores e informe interdisciplinario de todos los peticionantes. Asimismo se fija audiencia a fin de tomar contacto personal con las partes. Previo a la misma, las partes hacen saber al Tribunal que R. y F. han terminado la relación que mantenían como proyecto conjunto y “... *Que atento a lo antes manifestado el Sr F. W. manifiesta que **desiste de la voluntad de procrear** conforme hubiese manifestado tanto en el acuerdo de voluntades acompañado como en los distintos actos de este proceso. Que la Sra. V. T. y el Sr P. se notifican por medio del presente escrito del desistimiento manifestado por el Sr. W.... El Sr. P. manifiesta su voluntad de continuar con el procedimiento ratificando el acuerdo de voluntades oportunamente acompañado solicitando que atento el desistimiento del Sr W. se lo autorice a continuar con la Gestación por Sustitución y que oportunamente el/la menor producto de tal práctica sea registrado como hijo/a suyo (pero sin vinculo filiatorio ni para con el Sr. W. ni para con la Sra. T.). Por su parte, la Sra. T. manifiesta su voluntad de continuar con el proceso... Reitera su voluntad de ser gestante del futuro hijo/a del Sr. P., solicitando que por todo lo expuesto el futuro menor sea inscripto como hijo/a del mismo sin otorgarle vinculo filiatorio ni para con ella ni para con el Sr. W....”.* **3)** Corrida vista de lo manifestado a la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia, ésta expresa: “... *entiendo, conforme lo relacionado precedentemente, que prima facie no existe óbice para la continuación del proceso en los términos solicitados, siendo necesario para dictaminar en definitiva sobre el punto (la prosecución de los presentes) que se realice un estudio multidisciplinario por el Catemu, a fin de evaluar el impacto de la nueva situación en el reclamo contenido en autos, y que luego de dicho estudio, se corra nuevamente vista a la suscripta...*”.

**4)** Efectuados dichos estudios, se corre nuevamente vista a la Representante del Ministerio Público Fiscal, quien, con fecha 22.04.2021 expresa que “...*Teniendo en cuenta el informe social y psicológico realizado, este Ministerio Público Fiscal nada tiene que observar respecto a la readecuación solicitada y a la prosecución de la acción entablada por parte del Sr. P. B. y la Sra. T. Sin perjuicio de ello, conforme lo informado por el CATEMU, se solicita que el Sr. P. B. realice tratamiento terapéutico debido a las conclusiones que emanan del equipo técnico, lo que deberá acreditar en el transcurso del proceso. Asimismo, solicita que de hacerse*

*lugar a la readecuación formulada, se recaratulen los presente autos, suprimiéndose al Sr. F. W....". 5) Por proveído de fecha 22.04.2021 se fija audiencia a fin de tomar contacto personal con las partes y se hace saber al Sr. R. P. B. sobre lo peticionado en relación a la terapia a realizar. 6) La audiencia se celebra con fecha 01.09.2021, encontrándose presente las partes, su letrado y la Sra. Fiscal de Familia, María Angélica Jure de Obeide y las integrantes del CATEMU intervinientes, Licenciadas Liliana Vázquez y Julieta Domínguez. "...Abierto el acto por S.S., luego de explicado el objetivo y los alcances de la presente acción, se concede en primer término la palabra a la Sra. V. T., quien presta su conformidad a someterse a un tratamiento de fertilización asistida y ser gestante del niño/a por nacer. Concedida la palabra al Sr. R. P. B., ratifica su voluntad expresada en el escrito de fecha 14/12/2020. Lo que oído por S.S: dijo: I) Téngase presente el consentimiento prestado por los comparecientes. II) Atento la novedad de la cuestión y a los fines que se expida la Sra. Fiscal de Familia del planteo de inconstitucionalidad, córrase traslado por cinco días a la Sra. Fiscal de Familia...". 7) La Sra. Fiscal de Familia evacúa con fecha 01.09.2021 el traslado corrido. 8) Dictado el proveído que ordena "Autos". Queda la causa en estado de ser resuelta.*

**Y CONSIDERANDO: I)** Los presentes llegan a estudio a fin de resolver la petición de R. P. B. y V. T. por la que solicitan se homologue el acuerdo al que arribaran, en razón del cual convienen que la Sra. V. T. gestará, mediante TRHA un embrión formado con material genético masculino aportado por R. P. B., siendo el gameto femenino de donante anónima (ovodonación). Así, peticionan que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona comitente (R.), quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante (V. T.). Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, todo conforme fuera relatado en la relación de la causa, que doy aquí por reproducidos *brevitatis causae*.

**II)** El CCCN incorpora como fuente de filiación, a más de la filiación por naturaleza y la adopción, a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 558 CCCN), cuestión impensada en tiempos de Vélez Sarsfield, siendo ostensibles los avances de la ciencia en esta materia, permitiendo a una multiplicidad de personas concretar sus proyectos parentales.

III) La gestación por sustitución es una especie dentro del género de las TRHA, que, en suma, permite que una mujer geste en su útero un hijo y que luego su filiación sea atribuida a otra persona en función de la voluntad procreacional del comitente y la ausencia, como en el *sublite*, de voluntad procreacional de la gestante y nexo biológico entre ésta y la persona nacida mediante el uso de la técnica. Es decir, encontramos una disociación entre tres elementos o factores que pueden coincidir o no en el acto de la procreación: el factor genético, el factor gestacional y el factor volitivo o socioafectivo. “...La gestación por sustitución gestacional es una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos, y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “*mater semper certa est*”, que reconoce la maternidad a quien da a luz, poniéndola en crisis, toda vez que el avance de la tecnología y las ciencias han quebrado la mentada certeza, por ende, quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional...” (H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas. Tribunal Colegiado de Familia N° 7 (Rosario) 05.12.2017).

V) El art. 562 del CCCN establece 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 arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”. “Dentro del abanico de posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción medicamente asistidas el Código Civil y Comercial sólo se detuvo en aquella en que la gestante, a la postre, será la progenitora del hijo nacido luego de llevar adelante el embarazo. Pero pasó por alto, y pese a reconocer la validez del matrimonio y de las uniones convivenciales entre personas del mismo sexo, que resulta biológicamente imposible que puedan llegar a tener hijos en común o generar descendencia si no es por vía de la adopción...” (A., M.T. Y OTRO – SOLICITA HOMOLOGACIÓN. Juzgado Familia Primera Nominación, Auto Número Setecientos noventa y ocho, de fecha 06.08.2018).

IV) En el *sublite*, R. ha manifestado su voluntad de llevar adelante este proyecto de familia monoparental, asumiendo su decisión de paternar al hijo/a que voluntariamente gestará V., una vez implantado extracorpóreamente el embrión (producto de la unión de un gameto femenino de una donante anónima y su propio material genético). Se ha

dicho que “...la gestación por sustitución es el más inclusivo al habilitar otras posibilidades cuando quienes desean intervenir en estos procesos no encajan en la lógica biologicista, geneticista, binaria y heteronormativa... Se trata de una práctica que se despliega en un escenario de proliferación de nuevas estructuras familiares facilitadas, por un lado, por la propia evolución de las sociedades hacia una mayor aceptación de familias homoparentales y monoparentales, en tanto que por otro, influyen en los avances y la popularización de la tecnología reproductiva manifestada en la posibilidad de acceder a diversas TRHA...” (“I., C.V. Y OTROS S/ AUTORIZACION JUDICIAL. TRIB. COLEG. INST. UNICA CIVIL DE FAMILIA – 5° NOM. ROSARIO, 15.09.2021).

VI) En este encuadre, resulta que en el recorrido de las personas que acuden a las TRHA para lograr su anhelo de paternar/maternar/ahijar convergen un sinnúmero de derechos merecedores de tutela judicial efectiva. Así, el derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio *pro homine*, deben ser el eje central del tratamiento de la cuestión. Ello así, por cuanto, la singularidad de las circunstancias que llevan al peticionante a articular esta acción me permite concluir que, siendo titular de todos los derechos que sumariamente se enumeraron, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde, como se dijera, una obligada perspectiva *pro homine*- constituirse en un valladar para el acceso de R. a esta TRHA, so pena de convalidarse –además- un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29). Es responsabilidad de la suscripta, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida a R. cumplir con el objetivo por el que recurrió a la Justicia, en su deseo de conformar, junto a ese hijo ansiado, una familia. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de **tutela judicial efectiva**, en total observancia a lo consagrado por el

catálogo de derechos humanos y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente la CIDH.

VII) Razonado lo precedente, corresponde en primer lugar expedirme acerca de la petición y, fundamentalmente, sobre el pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN. Para ello habré de apoyarme en el dictamen de la Representante del Ministerio Público Fiscal, en el informe que CATEMU (Equipo Técnico Multidisciplinario del Fuero de Familia) y en los informes de la terapeuta de R. P. B.

**SOBRE EL PEDIDO EFECTUADO**, la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia, Dra. Angélica Jure, manifiesta “...*Resulta insoslayable considerar si el pedido de inscripción del niño por nacer como hijo del padre intencional, resulta objetivamente proponible. En este derrotero, prima facie, debe examinarse si los peticionantes ostentan la debida legitimación sustancial activa. Se trata de constatar si los impetrantes están habilitados para acudir al procedimiento judicial y requerir se remuevan los obstáculos que, en el sistema legal vigente, les impide acceder a la plena operatividad de la voluntad procreacional (en especial la previsión del art. 562 del CCCN, que tiene por progenitora a quien da a luz). En definitiva, se intenta la remoción de dicha cortapisa, para lograr el reconocimiento de calidad de progenitor legal del niño/a por nacer, y, como contrapartida, la no atribución de dicho carácter a la gestante...*”. Sobre el acuerdo acompañado, entiende que “...*la homologación debe restringirse sólo al reconocimiento de los consentimientos prestados al efecto como prueba relevante... El propio pedido judicial se limita a recabar el consentimiento allí contenido, y otorgarle virtualidad o no como una de las fuentes de la filiación, esto es la voluntad procreacional. Así se ha señalado por quienes incluso son proclives a la admisión de esta figura, que: “Un trámite judicial donde se persiga la convalidación de un proceso de gestación por sustitución podrá verificar la existencia de cuestiones atinentes a la legalidad formal (ej. la observancia del consentimiento informado por parte de la gestante) pero no podrá inmiscuirse en asuntos atinentes a la intimidad de las personas al igual que le derecho se abstiene de intervenir en los planes de vida de las parejas heterosexuales que deciden procrear. Quizás este sea un tema a ser revisado en futuras decisiones jurisdiccionales en la materia.” (Gil Domínguez, Andrés: La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano, Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online:*

*AR/DOC/4217/2015, el énfasis me pertenece). En el estado actual legislativo, no puede delegarse al órgano judicial, dilucidar, aspectos personalísimos del acuerdo arribado, ello no obsta a calibrar la manifestación de la voluntad allí contenida, como antecedente válido, para otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso: **la voluntad del padre intencional de ocupar el lugar de progenitor legal, incluso aportando el material genético, llevándose a cabo en el caso a la través de la ovodonación...**". Dictamen al que adhiero. En cuanto a los peticionantes, el informe presentado con fecha 20.04.2021, actualizando el realizado con fecha 05.10.2020 (en función de los cambios operados) por las Lic. de CATEMU intervinientes, Liliana Vazquez (Trabajadora Social) y Julieta Dominguez (Psicóloga) da cuenta que: "...A partir de las intervenciones realizadas, es posible advertir el deseo consolidado de paternidad del Sr. R. P. B., el que se halla privilegiado por encima del duelo por la pérdida de su pareja; por su parte, la Sra. T. decide acompañar el proyecto de paternidad del señor, continuando firme en la decisión de gestar el hijo para él. Dada la inferencia en el Sr. P. B., de ciertas limitaciones para enfrentar duelos y registrar procesos de cambio, se sugiere que reciba tratamiento psicológico en caso de que se lleve adelante el proceso de gestación por sustitución, atento las exigencias emocionales y las transformaciones que implica este proceso, que hoy lo lleva a asumirlo en una nueva configuración familiar, con una modalidad monoparental". Por su parte, la Lic. N. M., profesional tratante de R., señala que se ha trabajado satisfactoriamente en distintos aspectos relacionados con la emocionalidad, los vínculos, capacidad de cuidado y compromiso; manteniéndose firme en su voluntad de continuar con el proceso de gestación por sustitución. "...Se focaliza el acompañamiento terapéutico en comprender con mayor amplitud las experiencias personales y familiares de vida, como fuente indispensable de afrontamiento y resolución de posibles conflictos. Se valoran los ofrecimientos de acompañamiento y asistencia del entorno familiar y vincular cercano, así como también de los conocimientos y acompañamiento de profesionales con los que el usuario comparte espacios de trabajo, con quienes es posible acudir a su expertés sobre determinados temas que aparecen como inseguridades (cuidado de un recién nacido, organización de las rutinas, seguridad, etc.). Junto a lo anterior, se mantiene la apreciación que el usuario se encuentra con estabilidad en sus relaciones interpersonales y en equilibrio en el dominio de la*

*afectividad, con auto dependencia en las decisiones e interdependencia en las interacciones con otras personas de su entorno significativo...”. Lo expresado guarda relación con lo manifestado por las partes en oportunidad de la audiencia llevada a cabo a fin de tomar contacto personal con ellas, oportunidad en que pudieron expresarse respecto al fin perseguido, mostrando firme convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensión que tienen del procedimiento y las implicancias de la decisión.*

### **SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 CCCN.**

Prosiguiendo el análisis, resulta necesario expedirme sobre si corresponde o no hacer lugar al pedido de Inconstitucionalidad petitionado por las partes. En dicho sentido, adelanto opinión en el sentido que debe hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN en el caso de marras, adhiriendo en un todo a los fundamentos vertidos por la Sra. Fiscal al respecto, quien, luego de expedirse sobre la procedencia temporal y formal de dicha petición, menciona que “...*De la lectura del libelo, se advierte que las partes han invocado la violación o vulneración de variados derechos constitucionales, con especificación puntual de la repercusión y la entidad de ésta en el caso concreto. Por ende, en este examen liminar formal, aún sin desconocer el principio en el que se apoya el Estado de Derecho: **estar a la validez del sistema legal**, en el caso, conforme examinaré infra, del análisis de los derechos que se dicen vulnerados en relación a las normas atacadas, se deriva un gravamen con virtualidad suficiente para examinar el planteo de invalidación impetrado. ...La existencia de “caso” –por su parte- implica que exista un sujeto que reclame el control constitucional en función de verse “perjudicado” o “agraviado” de un modo “suficientemente directo” o “substancial” por la normativa opugnada (Conf. CSJN, Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147, entre muchos otros). Es lo que se conoce con el nombre de “interés de obrar”... Por aplicación de tales lineamientos a la especie, se evidencia la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, etc., que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitente y gestante). En definitiva, estimo que la normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y “concreto” los derechos mencionados, y pone de relieve un agravio serio y de entidad*



*que habilite el control de constitucionalidad propiciado. De tal guisa, se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto, y toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, a la que sólo debe acudir en casos extremos de probada disconformidad con la Ley Fundamental, a juicio de la suscripta, este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. Es que si bien en la especie, la particularidad estriba en que, a diferencia de la mayoría de los supuestos arribados a la justicia, no se ha producido la gestación, ni el nacimiento de un niño, se acude a la vía judicial para requerir la autorización y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, peticionante (el cual aporta material genético) sea considerado como progenitor conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que llevará adelante el embarazo. Es que debido a la falta de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, práctica que consiste en engendrar un hijo con material genético del comitente, acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.*

### **SOBRE LA PROCEDENCIA SUSTANCIAL DE LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL.**

*Justificada las cuestiones formales que habilitan el control constitucional, ingresaré a considerar si la norma impugnada resulta o no inconstitucional. Se trata, de un caso de gestación por otro, es decir del supuesto en el cual la mujer se compromete a gestar un niño con material genético de tercero, en el caso quien asume ser el del niño por nacer ha expresado su voluntad procreacional siendo el aportante del material genético. Dado que la Gestación por sustitución (en adelante GS) no está prevista en la legislación fonal, se acude al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, han aportado su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada -art. 562 del C.C. y C.N-, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño. la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante que puede ser conocido o no, como es la propia la propia gestante quien aporta los*

gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial) y la gestacional (la concepción tiene lugar a partir del óvulo diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente, pero si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada o bien una donante anónima). Dado que la maternidad subrogada gestacional disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermia del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada: fecundación "in vitro", seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes (VELA SÁNCHEZ, A. J., "Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", LL nro. 7608, sección "Doctrina", del 11 de abril de 2011, pags. 1 y 2)....Con la convicción que la GS, se erige en una TRHA, examinaré las contingencias legislativas en torno a la figura, y verificaré si existe o no una auténtica laguna normativa y, en todo caso, si la vía judicial impetrada es idónea para integrarla en el caso concreto.

**SOBRE LAS VICISITUDES EN LA REGULACIÓN DE LA GS.** Se impetra que el Juez, integre el vacío de regulación de la GS, declarando al efecto inconstitucional la norma que impide la operatividad del funcionamiento de pleno de dicha práctica médica (art. 562 del CCCN, en cuanto le otorga el rol de madre a la persona que da a luz). A fin de evaluar si la normativa resulta contraria al plexo constitucional, se impone recalcar en la arraigada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual se sostiene que la misión más delicada de la justicia, es que ésta se mantenga dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar, ni ingresar a las funciones que incumben a otros poderes. En este derrotero, la Corte Suprema de Justicia, previene acerca de que, el avance de un poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (Arg. Fallos: 155:248; 241:291 (Voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 252:288 (Voto del Dr. Araoz de Lamadrid); 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 (Disidencia del Dr. Belluscio); 310:112, 1162 (Voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayat), 1401 (Disidencia del Dr. Fayat); 311:2580, 253; 312:156 (Voto del Dr. Fayat) y 1725 (Disidencia del Dr. Belluscio); 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18)...

*También nuestro Máximo Tribunal Provincial ha señalado al efecto que: "En la interpretación y aplicación de la ley cuestionada debe tenerse presente un principio liminar en el que se apoya el estado de derecho, y es el favorable a su validez."... "La declaración de inconstitucionalidad constituye una de las más delicadas funciones que deben asumir los órganos judiciales y siendo la última ratio del orden jurídico, sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la constitución, si no es removiendo leyes de rango inferior" (CNCiv., Sala M, 21-2-97 in re: "Testa c/ Iaies de Berkowski" en LL 1998 B, pág. 51, entre muchos otros). Por su parte, si bien el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de una ley, es prescindente de su acierto político último, no resultan dissociables en la valoración de las normas, la apreciación de la realidad social o de la idea de justicia. Desde tal óptica, la verificación de su congruencia con la ley suprema, no puede prescindir del examen de la justicia intrínseca de la ley: se reivindica para la judicatura la facultad de aplicar la fórmula de razonabilidad, debiendo tenerse presente que "razonable" es "lo axiológicamente válido teniendo presente las circunstancias del caso" (Peyrano-Chiappini, "El proceso atípico", t. 3, p. 44 y ss), sin que esto signifique ingresar en el ámbito de la oportunidad o mayor o menor conveniencia de las normas tachadas de inconstitucionales, lo cual no es propio de este Órgano, pues hacerlo invadiría ámbitos de competencia específica, conculcando de tal modo el sistema republicano de división de poderes, consagrado en la Constitución Nacional. En este orden, no es ajustada a derecho la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En el Estado de derecho se debe buscar el equilibrio " en su caso, siempre que se respete el límite externo de la juridicidad" (conf.: CS del 19.10.95, Doctrina Judicial, 1996-1-940). **En el caso, por ende, debe ponderarse si existe realmente una laguna legislativa, y si el Juez, en su eximia labor de intérprete, está autorizado en el caso a suplirla o si ello sería avanzar sobre potestades legisferantes que no le son permitidas en la especie. Estimo que, tal como ha sucedido en otros precedentes, la materia resulta judicial, pues estamos ante un supuesto concreto que no ha sido previsto por el legislador, pero tampoco ha sido proscripto expresamente.** A tal fin, constituye un dato insoslayable examinar si la figura ha obtenido, o está en vías de obtener, el reconocimiento legal que se busca hoy ante el órgano judicial. Surge así, que en el Anteproyecto realizado por la Comisión integrada*

por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, la figura se encontraba regulada en el Libro Segundo ("Relaciones de familia"), Título V ("Filiación"), Capítulo 2 ("Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"), art. 562. Así se permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. La filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. Se disponía que el juez debía homologar sólo si, además de los requisitos que prevería la ley especial, se acreditaba que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) el material genético será aportada por el comitente; d) el comitente posee imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS veces; h) la gestante ha dado a luz, cuatro hijos propios. La justificación de tales exigencias, en palabras de los redactores, "contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa". El quitado art. 562 proyectado decía: "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 Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se 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) que el comitente 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". En definitiva, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. Por último, en las XXV Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el mes de octubre de 2015, la Comisión de Familia dedicada a "Identidad y Filiación" se refirió a la figura de la gestación por subrogación. Por unanimidad, la Comisión entendió que la figura, aunque no regulada está permitida y se requiere su urgente reglamentación conforme el lineamiento contenido en el artículo 562 del Ante Proyecto. En este sentido, la Comisión se manifestó a favor de la especial protección de la persona gestante y la necesidad de garantizar al niño o niña así alumbrado el acceso al expediente judicial en el que hubiere tramitado la determinación de su filiación. **Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa, y que por diferentes razones, su regulación no salió a la luz, estando nuevamente el asunto en la agenda para lograr su efectiva inserción.**

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

**NORMATIVA OPUGNADA.** En este marco, el artículo (562 CCCN) refiere la introducción de este tipo de filiación (TRHA), coherente con el esquema fijado en el código al efecto, atribuyendo derechamente el carácter de progenitora a quien da a luz, sin distinción, ni salvedad alguna. Refieren los impetrantes que la regla así consagrada viola los derechos relacionados supra. Lo determinante en el caso, es que la materia constitucional que nos ocupa, que atañe al Derecho de Familia, **no puede ser juzgada en abstracto, sino que puede y debe ser juzgada en concreto** (Cfr Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, 12.05.05, L.C.F., por la menor A,M.G. c/ A.C.A.G.P.A.C. p/ Filiación/ inc. Casación). **Retomando el supuesto de autos, se extrae de la prueba**

*documental, el contacto personal, y los estudios interdisciplinarios el siguiente cuadro fáctico: “A partir de las intervenciones realizadas, es posible advertir el deseo consolidado de paternidad del Sr. R. P. B., el que se halla privilegiado por encima del duelo por la pérdida de su pareja; por su parte, la Sra. T. decide acompañar el proyecto de paternidad del señor. El peticionante, Sr. P. B. (en adelante comitente) ha acompañado el acta de compromiso llevada a cabo con la gestante. Como ya se ha expresado, dicho convenio es relevante en cuanto al reconocimiento de la voluntad procreacional del comitente y el compromiso de la Sra. T. Con fecha 6/10/2020, se acompaña el Informe realizado por el CATEMU del cual se desprende la posición altruista de la Sra. T. y su deseo de no tener más hijos propios. Con fecha 02/02/2021, se incorpora segundo informe del CATEMU solicitado por la suscripta atento al desistimiento formulado por el Sr. W., del que surge que: continuando firme en la decisión de gestar el hijo para él. Dada la inferencia en el Sr. P. B., de ciertas limitaciones para enfrentar duelos y registrar procesos de cambio, se sugiere que reciba tratamiento psicológico en caso de que se lleve adelante el proceso de gestación por sustitución, atento las exigencias emocionales y las transformaciones que implica este proceso, que hoy lo lleva a asumirlo en una nueva configuración familiar, con una modalidad monoparental.” Del informe anterior se desprenden ciertas dificultades por parte del Sr. P. B. para enfrentar la separación con su pareja y se sugiere tratamiento psicológico, el cual fue acreditado en autos por medio de 4 informes presentados por su psicóloga, Lic. N. M. M.P. ----. Con fecha 9/06/2021, se incorpora el primer informe del que surge: “A partir de las entrevistas realizadas, se advierte expresamente por el usuario el firme deseo de paternidad, sostenido a pesar del paso del tiempo, el cambio en las circunstancias, y la disolución de la relación de pareja.”. Finalmente, el informe acompañado con fecha 27/08/2021: “Se valora que el usuario se encuentra estable en lo referido a sus relaciones interpersonales y en equilibrio en el dominio de la afectividad, con auto dependencia en las decisiones e interdependencia en las interacciones con otras personas de su entorno significativo. Con patrones de interacción saludable, flexibles y armónicos”. En conclusión, puede visualizarse el avance logrado por el Sr. P., que se encuentra emocionalmente fortalecido para llevar a cabo su proyecto de familia monoparental. Por otra parte, surge que la práctica médica se realizará con el aporte genético del Sr. P. B. y donación anónima de óvulos*

(ovodonación), con el fin de que el comitente asuma, en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitor del niño/a por concebir y sea inscripto como tal. De esta manera, el niño/a no tendría vinculación genética con la gestante (Sra. T.). Expuestas así la situación de autos, circunscribiéndome al dicho supuesto, entiendo que en el caso, **la citada norma resulta inconstitucional por vulneración o violación de diferentes derechos y garantías de neto corte constitucional.** Doy razones: Se vulnera en primer lugar, el **principio de igualdad y de no discriminación**, consagrado en el art. 16 de la C.N., al obstar que para el caso de la TRHA nominada GS, cobre operatividad de la voluntad procreacional como fuente de filiación. La voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación, supone la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o ajeno, aunque acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Es precisamente lo que sucede en el caso de autos, en el cual, las partes acuden a la vía judicial **para hacer efectivo el reconocimiento preventivo de una filiación**, que, atento la letra del art. 562, se encuentran impedidos. Ciertamente es que en materia de filiación no existe una única verdad, sino que hay muchas: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos de sangre), la sociológica (que genera la posesión de estado), la de la voluntad individual (del que quiere ser padre o madre), la del tiempo (que vivifica y refuerza el vínculo con cada nuevo día) y que al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social y afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana, mas todas ellas reciben suficiente tutela por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3° del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2°, Constitución Provincial), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 253, 255 y conchs., Código Civil; 1°, 2°, 3°, 5°, 11 y conchs., ley 26.061; 1°, 4° y conchs., ley 23.511;

etc.)". Sup. Corte Bs. As., LP C 92539, sent. del 17/6/2015). La voluntad procreacional, "reside centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quien haya aportado los gametos para su concepción". (RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, cit., comentario al art. 462 por GONZÁLEZ MAGAÑA, pag. 349). Asimismo, si bien en virtud del principio Mater certa est correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. La llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo. ...En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución" es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados. (cfr. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, Fecha: 15/12/2015, partes: C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento, Publicado: RDF 2016-III, 113 con nota de Francisco Cotado). **Conforme estas consideraciones, estimo, que en el presente caso, el art. 562 del CCCN, resulta inconstitucional por violación al principio de igualdad, atento impedir que el proceso gestacional, incluido en la categoría de TRHA, GS, la atribución del carácter de progenitor del Sr. R., P. B., e impida la atribución a la gestante Sra. V., T. en los términos del art. 562 del CCCN...**". Destaca que debe valorarse el interés superior del niño por nacer, en cuanto a su derecho a la identidad. "...El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Asimismo, el art. 8 estipula que: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad,



*incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad". El interés superior del niño se asegura con un marco legal de protección, que "brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva" (Tratado de Derecho de Familia según el CCyCN de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora: Tomo II, art. 590 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 526). El interés superior del niño, como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 5 (2003), es un principio rector que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan (párr.13)...Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p. 1)...". **Violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS.** Asimismo, cobran valor en el caso, las consideraciones destacadas en el trabajo del Dr. Gil Domínguez, sobre el fallo dictado, en un caso análogo, por la magistrada V. Vittori, destacando la existencia de un derecho a la GS, aplicando la fuerza normativa de la Constitución, los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y la condiciones de vigencia dinámicas directas e indirectas emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos "Artavia Murillo vs. Costa Rica" y "Fornerón vs. Argentina"). Señala el autor, que la magistrada construyó los contornos y contenidos del derecho a la gestación por sustitución mediante la invocación directa y operativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos "Artavia Murillo vs. Costa Rica" y "Fornerón vs. Argentina") respetando la lógica de funcionamiento y validez de la fuente*

*externa invitada a compartir la supremacía constitucional y convencional argentina a efectos de interpretar los alcances de la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26.682). y que la combinación dentro de nuestro sistema de fuentes de los casos "Artavia Murillo vs. Costa Rica" y "Fornerón vs. Argentina" con la Ley 26.682 más el decreto reglamentario 956/2013 remite directamente a la existencia de un derecho a la gestación por sustitución en pos de evitar cualquier forma de discriminación y sin que se tenga que acreditar una situación de infertilidad patológica. (Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015). **Estimo conforme los citados fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales, en el caso que se trata, la cortapisa del art. 562 del CCCN, torna inconstitucional la directiva legal, debiendo declararse como tal.***

**SOBRE LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL EVITANDO SUBTERFUGIOS Y PRACTICAS FUERA DEL SISTEMA LEGAL.**

*Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento... Asimismo, no es que la presente autorización, de así calibrarlo S.S., implique alentar los pedidos, sino sólo otorgar una respuesta al presente, si, como entiendo resulta digno de tutela jurídica.*

**SOBRE LO ACONTECIDO EN LA AUDIENCIA CELEBRADA EN LA CAUSA.**

*En oportunidad de dicho acto, el comitente ratificó la petición incoada, con el consentimiento de la gestante. Asimismo, al dialogar con el Sr. P., manifestó que cuenta con el apoyo de su madre en el proyecto iniciado. De otro costado, expresó que, en orden a informar la realidad biológica a su hijo/a, buscará ayuda profesional para llevarlo a cabo. Del contacto mantenido con la gestante se desprende que comprende los alcances y quiere seguir adelante con la práctica médica. En relación a sus hijos biológicos, manifiesta que fueron informados y que comprenden las implicancias de la gestación que se trata... ”.*

**VIII)** En consecuencia, conforme los argumentos vertidos, la norma del art. 562 del CCCN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a

R. P. B. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, concretar su deseo de paternar, mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, **que el art. 562 del CCCN resulta inconstitucional en el caso de autos**. Repárese que, sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCCN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia que a la persona humana nacida mediante una TRHA y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, es hija de la persona que dio a luz. Esta Magistrada está llamada así a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que *“es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras el Poder Judicial debe ejercer de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...)* en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana” (cfr. “Almonacid Arrellano y otros vs. Chile” Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). A mayor abundamiento, cabe señalar que, analizado el artículo en cuestión (562 CCCN) a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22 y teniendo en consideración las especiales circunstancias que rodean a esta causa y a la luz de los principios de no discriminación, de igualdad, de realidad, derecho a formar una familia, tutela judicial efectiva e incluso el interés superior del niño, considero, **que el artículo 562 del CCyCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad**, como ya se dijera. En efecto, si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del

art. 562 CCCN es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexos genéticos con el/la/s niño/a/s y no será padre/madre quien si quiere serlo, desde siempre, y además, es su real progenitor. Y es que si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable. Si R. P. B. ha solicitado la intervención judicial a los fines de que quede preventivamente determinada la realidad filiatoria del niño por nacer, es para obtener la seguridad jurídica de que, en este caso por aplicación del art. 562 del CCCN, no se llegará a convalidar la ficción legal de tener por madre a quien lo/a/s dará a luz y nunca tuvo la voluntad procreacional que la definiera en su función materna. Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica se ajuste a la realidad biológica y volitiva de su progenitor y, por tanto, así sea registrado. Lo que justifica que el/la/los hijo/a/s que nazca sean legalmente inscripta/o/s registrada/o/s, documentada/o/s como hijo/a/s de R. P. B. desde el mismo instante del nacimiento, disponiéndose que –desde igual momento- es éste el único autorizado para tomar cualquier tipo de decisión sobre el/a/s nacido/a/s (consentimientos médicos, retiro [una vez producida el alta médica] del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento, etc.) toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizará como progenitor. Siendo que la voluntad procreacional de R. P. B. ha sido claramente manifestada en el marco de la entrevista mantenida a fin de tomar contacto personal (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrá de prestar ante la institución médica en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CCCN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquel los derechos y obligaciones

propios de la responsabilidad parental, sumado al hecho de que, en ese caso, es quien aportará los gametos masculinos. Como afirma reconocida doctrina “...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)” (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; *Regulación de la gestación por sustitución*, La Ley, 10/09/2012, p.1). Las juristas Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras sostuvieron que: “La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA” (*Tratado de Derecho de Familia – Tomo nº II – Rubinzal – Culzoni - Pág. 509*).

**IX)** Respecto del pedido de R., considero importante acompañarlo en este proceso, puesto que, el respeto por el derecho a la vida privada, a la autodeterminación y libertad reproductiva, el derecho a la intimidad y, como sostiene el Dr. Dutto, en el fallo supra citado (“I., C.V. Y OTROS S/ AUTORIZACION JUDICIAL”. TRIB. COLEG. INST. UNICA CIVIL DE FAMILIA – 5° NOM. ROSARIO, 15.09.2021) “...el derecho a la procreación, como una manifestación del derecho a formar una familia...”, merecen una especial tutela, por cuanto, la concreción de esos derechos, significará el nacimiento de una nueva familia, la de R. y su hijo/a/s, única e irrepetible, que les permitirá desarrollarse y crecer en un marco de igualdad y progresividad de derechos fundamentales. Repárese que la Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas medio-asistenciales de reproducción médicamente asistida contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad y/o maternidad y a formar una familia, núcleo primordial de toda sociedad humana, reconocidos por nuestra constitución nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

**X)** Teniendo en cuenta que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA,

tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del CCCN, cuando sostuvieron que: *“el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo”* (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento), corresponde expedirme afirmativamente en cuanto a autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud encargado de la realización de la práctica, ante el que deberá prestar el comitente el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CCCN, e inscribir luego en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. V. T., DNI \_\_\_\_\_ como hijo de R. P. B., DNI \_\_\_\_\_, puesto que no existe vínculo biológico con la Sra. V. T. ni existe en ella una voluntad procreacional, siendo en cambio su voluntad sólo la de llevar adelante el embarazo (gestar).

**XI)** Añado que la utilidad de fallos como el presente deviene de su carácter preventivo y garantista, por la evitación de cualquier conculcación a los derechos humanos de las partes y de quien/es pudiere/n nacer. Sobre este particular la jurisprudencia afirma que: *“...en ese marco de protección, los jueces revestimos el carácter de garantes de los Derechos Humanos y debemos acudir en su defensa cuando se vean sustancialmente perturbados... La declaración de inconstitucionalidad de una norma no es más que su inaplicación en el caso concreto, en que se evidencie la notoria injusticia que conllevaría el apego irrestricto al texto legal...”* DRES. VALLS DE ROMANO NORRI – ROJAS. (CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 - N.A.R. Vs. R.L. S/ FILIACION - Nro. Sent: 199 Fecha Sentencia 16/04/2018). Postergar un pronunciamiento en orden a la determinación de filiación en este caso, con todas las implicancias señaladas devendría en una irresponsabilidad funcional de quienes estamos llamados a remover todas las barreras que impidan una concreta satisfacción de todos los derechos humanos y, en especial, del interés superior del/a/s niño/a/s/ que vayan a nacer de esta TRHA de gestación por sustitución.

**XII)** Dicho esto, resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061). Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN). *“El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta...”* (cfr. CNCiv. Sala G.C.R c/ C.P.E del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970). En este caso, el peticionante deberá asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s. Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por la jurista Eleonora Lamm: *“...el principio es que los niños que nacen en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tienen derecho a saber que han nacido gracias al uso de esa técnica y tienen, también, derecho a conocer la identidad de la gestante. Por esto es que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial y a cualquier otro expediente que deberá conservarse a cualquier efecto...”* (cfr. *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio 2012). Es por ello que, inherente a la obligación de R. de hacer conocer al/o/s niño/a/s sobre su origen gestacional de acuerdo a su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s/ niño/a/s.

**XIII)** Por último, entiendo oportuno dejar establecido que, siendo R. P. B. quien paternará de manera unilateral al pequeño/a/s recién nacido/a/s, conformando de esta forma una familia monoparental, y tomando en consideración que *“...el principio de la vida, especialmente en el primer trimestre, es el período en el que se establece el primer vínculo, la primera forma de relación, y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño...”* (Muñoz, Encarna: *“El principio de la vida: La trascendencia de los primeros meses de vida”* – Ed. Vergara – 2021) y atento que, conforme el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna, corresponde al Congreso: *“ Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los*

*tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”, frente a la falta de previsión legal, y atento los principios *supra* referidos (*igualdad, no discriminación, interés superior del niño, tutela judicial efectiva, derecho a la vida familiar, progresividad, etc.*) entiendo corresponde garantizar a esta familia el goce de igual período de licencia laboral para R. que la legislada para el caso de la mujer que da a luz, conforme la LCT y/o los Convenios Colectivos de Trabajo respectivos. Ello así, por cuanto el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso- se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, tal como lo ordena el art. 3 de la CDN al establecer que “...*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales..., una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. Ahora bien, dicho mandato exige una ponderación de las singulares circunstancias de cada caso a fin de dotar de contenido real lo que habrá de constituir la satisfacción del interés superior del niño. “*El/la/lo/s hijo/a/s tiene/n derecho/s a ser cuidado/a/s por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento puesto que ese contacto personal, directo e íntimo será fecundo a la construcción, desarrollo y fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial*”. “*El interés superior del niño debe ser entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática que presenta cada caso*” (A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION s/ CASACION, SENTENCIA 4 de octubre de 2004, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RIO NEGRO, Sala CIVIL). De ello se deriva que, lo que mejor informa al interés de los involucrados, atendiendo al principio de la realidad y considerando los requerimientos y disponibilidad que el ejercicio de la función de paternar y los cuidados que requiere un recién nacido/a/s, es que corresponde, reitero, otorgar esta licencia (art.177 de la LCT) a R. P. B. A los efectos aquí establecidos, deberá informar ello tempestivamente a sus empleadores, de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que los rige en cada caso.



**XIV) Costas:** Atento la naturaleza de lo peticionado, las costas se imponen por el orden causado. No regular honorarios al letrado interviniente, a *contrario sensu* de lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario. Por todo lo expuesto,

**RESUELVO:** 1) AUTORIZAR a R. P. B., DNI ----- como comitente y a la Sra. V. T., DNI ----- en calidad de gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir a prestar su consentimiento informado ante el Instituto médico que corresponda. HÁGASE SABER que el consentimiento deberá efectuarse en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del CCCN. 2) DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo expuesto en los Considerandos respectivos. Por lo tanto, DEJAR DETERMINADO que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto 1 de esta resolución será/n hijo/a/s de R. P. B., DNI -----, quien deberá informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, HÁGASE SABER a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello, si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera. 3) DISPONER que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitor al Sr. R. P. B., DNI -----. Asimismo, se dispone que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCCN. 4) ORDENAR que el único autorizado al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento – y alta médica mediante- será su progenitor, R. P. B. 5) DEJAR ESTABLECIDO, con relación a la licencia laboral (en función del nacimiento), que R. P. B. habrá de gozarlas conforme la establecida por la LCT y/o Convenios Colectivos de Trabajo para la mujer que da a luz, en este caso, desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Todo de conformidad a lo considerando XIII) de la presente resolución. 6) Imponer las costas por el orden causado. 7) No regular honorarios al letrado intervinientes (art. 26 *contrario sensu* C.A.). Protocolícese, hágase saber y dese copia.