



Poder Judicial

T.82, F.380. N°3923

ROSARIO, 05 de diciembre de 2017

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados “**H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS**”, **CUIJ N° xxx**, que tramitan ante este Tribunal.

De los que resulta que: a fs. 35/51 comparecen la Sra. M.E. H. y el Sr. I. O., con patrocinio letrado y solicitan autorización para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución por parte de la Sra. A. H., en adelante “gestante” y subsidiariamente, para el caso de prosperar la autorización, solicitan que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña/s, concebido/s, a su nombre.

Exponen a través de un relato pormenorizado respecto de cada uno de ellos en primera persona, sobre el arduo y doloroso camino que atravesaron en búsqueda de su paternidad, intentando representar la lucha por ser padres, incansable, deseosos de formar una familia por lo que recurren a estos estrados. En primer lugar la Sra. M. E. H. relata con precisión los momentos de felicidad, tristeza, angustia, dolor, ilusión que debieron vivir junto a su pareja en la búsqueda y deseo de tener un hijo con I., a quien llama “su socio en todo”, su amigo, su compañero, a quien conoce desde hace veinticuatro años, trabajan juntos y conviven desde hace diez. Así expresa que el primer embarazo ocurrió en el año 2010, pero luego del primer trimestre, en la semana dieciséis, se detuvo. Expresa que pasaron de la felicidad más absoluta a la tristeza más profunda en un instante. Le diagnosticaron “trombofilia”, por lo que en un próximo embarazo debía inyectarse heparina todos los días además de tomar pastillas como suplementos y anticoagulantes. Al segundo embarazo lo buscaron durante cinco meses, ilusionados, algo asustados, pero inmensamente felices. Eran gemelos, I. y L., como un increíble regalo de la vida. Aprendió a inyectarse sola a pesar de su miedo a las agujas. Pero a la semana dieciocho el

corazón de L. ya no latía. La noticia fue devastadora. Describe la confusión, desconcierto, angustia, infinita tristeza mezclada con esperanza de que el varón creciera. El embarazo continuó con retrasos en el crecimiento debiendo realizar reposo total hasta las fiestas del 2011. El 2 de enero de 2012 la semana veinticinco de embarazo, fue internada en el Hospital Italiano con un cuadro de HELLP, tipo de preeclampsia grave, presión alta, fallas hepáticas, plaquetopenia y anticoagulada. El bebé era de muy bajo peso y la salud de ambos estaba en riesgo. El 4 de enero hizo un nuevo cuadro de hipertensión, por lo que debieron practicar una cesárea de urgencia. I. nació con veintiséis semanas de gestación y 490 gramos, permaneciendo en incubadora en situación muy delicada y ella internada. Llama a los momentos vividos como un infierno, pero no bajaron los brazos pues el niño luchaba. El 11 de enero de 2012 falleció I. debido a su prematuridad extrema. Describe días de mucho dolor y desconcierto, y también de mucho amor de la familia y amigos. La anatomía patológica de la placenta fue similar a la del primer embarazo por lo que comenzaron un largo camino de consultas y de estudios con hematólogos, ginecólogos, genetistas, y obstetras en Rosario y Buenos Aires. El médico Obstetra les aconsejó no volver a buscar otro embarazo, considerándolo muy riesgoso para su salud. Los estudios ginecológicos y los genéticos arrojaron resultados normales, pero con los estudios de compatibilidad sanguínea descubrieron que no son compatibles dado a que su sangre es muy parecida y eso produce en el cuerpo de la Sra. H. una reacción como la de una enfermedad autoinmune, atacando al bebé. Este problema lo revirtieron con inyecciones de inmunoterapia. Tomaron la decisión de intentarlo una vez más, pensando que habían superado el problema. Su obstetra, el Dr. Salgado los acompañó con el compromiso de que hiciera reposo todo el embarazo. Al mes de buscarlo, en el cumpleaños número 40 de I. se enteraron del embarazo, como regalo de buen augurio. Estaban felices e

ilusionados, conscientes de los riesgos pero esperanzados de que todo saldría bien, con las vacunas, las inyecciones diarias para la trombofilia, el reposo, la dieta hiposódica, trabajando I. por los dos y cuidándola. Recibieron el apoyo y la contención por parte de toda la familia y amigos, trabajando todos en equipo con los profesionales. El embarazo avanzó bien hasta el primer trimestre, era una nena y se llamaba A.. Hasta que a partir del segundo trimestre comenzaron los problemas, A. no crecía en peso, la placenta no la alimentaba bien, agravándose cada semana. Continuaron con reposo y controles aguardando el transcurso de las semanas, pero el 4 de abril de 2015, con 27 semanas de gestación, constataron que su corazón no latía, que el embarazo se detuvo debiendo realizar una cesárea. A. pesaba poco más de 600gr. Refiere que la placenta parece funcionar hasta un punto del embarazo, y luego ya no responde. No existe tratamiento que les permita revertir tal situación. Les prohibieron por completo un nuevo embarazo porque pondría en riesgo su salud. Refiere que es muy difícil enfrentarse a la resignación de los sueños, de los proyectos de una familia con hijos, que trabajaron mucho en ello, evaluaron distintas opciones, pensaron que tal vez debían aceptar lo que les tocaba, que serían una familia de dos. Muy difícil de imaginar para ella que cuenta con cuatro hermanos y una familia muy unida. Reflexiona que fueron muchos años de intentar, de mucha energía puesta en ello y de mucho dolor. Que si bien siempre fueron muy positivos los hechos fueron determinantes. Luego, poco más de un año, su hermana A. les propuso prestarles su vientre. Su hermana mujer, su compañera en la vida, su mejor amiga, con quien compartió desde dormitorio, facultad y amigos. No les sorprendió su generosidad y corazón grande pero sí todo lo que implicaba: su propia familia, sus sobrinos, su trabajo, su tiempo, su cuerpo. Un acto de entrega de amor tan grande que la maravilla, no solo su hermana sino su familia completa. Concluye que quien más que ella puede amar y cuidar a su bebé tanto como ella

misma. Se pregunta, quién mejor? Su cuñado y sus sobrinos la apoyan, y fueron los niños quienes terminaron de convencerlos quitándoles los miedos y prejuicios, haciéndoles ver todo más simple, más natural, más fluido. Toda la familia los apoya y alienta, porque saben por lo que pasaron y porque los quieren, porque el dolor es un poco de todos y las alegrías también. Finalmente expresa que se les abrieron puertas con esta posibilidad, y que le costó más de tres meses escribir este relato, poniendo en palabras, sintetizando, exponiendo a otros la intimidad de lo que vivieron y aún los ilusiona, refiere que son muchas emociones complejas para transmitir las, y que se encuentran ahora esperanzados, agradecidos, ilusionados y movilizados.

I. O. relata desde sus expresiones la misma historia junto a su pareja a quien llama "la Colo". Describe las emociones vividas, la enorme felicidad ante la noticia del primer embarazo. Cómo imaginó su nueva vida cada amanecer, llevando el desayuno a su mujer antes de ir a trabajar. Luego, cuando ante la consulta médica constató lo que temía, solo pensaba en cómo hacer para que su mujer pudiera sobrellevar lo que les estaba pasando, se sintió "bajo cero" describió. Luego con la noticia de la llegada de L. e I. volvieron a sonreír. Siéndole cada vez más difícil absorber el golpe. Cuenta que todo era más complejo, inimaginable, pero había que seguir. Reflexiona que no se puede ilustrar en palabras lo que vivieron. Que pudo descubrir que su mujer es "grosa", siempre luchando. Relata las sensaciones vividas durante los días que M. E. H. permaneció en terapia intensiva intentando salvar su vida, y por otro lado su hijo, luchando para vivir, empeorando las noticias día a día, hasta que una noche de tormenta, como una película, ocurrió lo que jamás quisieron: "De nuevo eran dos y un vacío en el alma cada vez más grande". Luego, describe los momentos de felicidad pero a posteriori de tristeza que vivieron con la llegada de A. y su fallecimiento a las veintisiete semanas. Una nueva cesárea. Concluye que nunca

olvidará esa escena, otro durísimo golpe para sus vidas. Hasta la sorpresa y felicidad de la noticia dada por su cuñada A., mucho más sabiendo que fue idea de sus sobrinos J. y M.. Cuenta que ellos le dijeron a A. "...mamá, porque vos no les prestas tu panza a los tíos para que puedan tener un bebé". Que en su caso hizo millones de preguntas, que se volvieron a esperar, se interiorizaron en el tema y que aquí están, tratando de darle un marco legal, confiando en que podrán lograrlo. Finalmente expresa que M. E. padece una rara insuficiencia placentaria que determina que no puedan tener un hijo por las vías naturales, padece además Trombofilia y Síndrome de Hellp, siendo su única opción que su cuñada les "preste" su vientre. Respecto a ello advierte que "prestar la panza" (término utilizado por sus sobrinos, hijos de quien se ofrece como gestante), es el mayor acto de amor que una hermana puede tener hacia la otra. Adjunta un relato escrito de A., que dejó en el árbol de navidad ese día. Concluye que, M. E. jamás podrá concebir naturalmente y su hermana le está dando una "chance" con el más sincero acto de amor. Por lo que, después de mucho pensar y madurar el tema, han decidido de mutuo acuerdo, efectuar esta autorización y llevar adelante la subrogación de vientre.

Fundan su pedido en el concepto de familia en los nuevos paradigmas reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, citan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 23.1 e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 10.1, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 16.3, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 art. 6 y el Pacto de San José de Costa Rica, art. 17.1, con rango constitucional en nuestro país. Expresan respecto del parentesco que históricamente, el hombre no relacionó el acto sexual con el nacimiento, ignorando el papel del padre en la fecundación, acudiendo a las más insólitas y disimiles explicaciones sobre la

fecundación y el papel de las relaciones sexuales. Bajo estos antecedentes, la relación más directa es la que se da con la madre, la maternidad ha estado siempre más definida. Así surge el concepto de parto como hecho irrefutable, físico y comprobable que encarna el principio "mater Semper certa est", cuya certeza entra hoy en crisis ante el avance de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante "TRHA"). Que en la actualidad se verifica un fenómeno de disociación que pone en crisis el derecho filial tradicional, surgiendo una nueva manera de alcanzar el vínculo filial, que se suma a la filiación por naturaleza y a la adoptiva, que es la utilización de TRHA con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional. En cuanto a Maternidad, expresan que una madre no es sólo la que pare al bebé sino la que lo cría, cuida y educa. Respecto a Paternidad alegan que, en la actualidad, debido a la utilización de TRHA nos encontramos ante un nuevo sentido de este concepto. Con estas técnicas, no siempre quien da a luz coincide con quien aporta el material genético, como no siempre el marido o compañero de quien gesta el hijo sea el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo, pasa a privilegiarse la filiación del afecto, de la voluntad, que hace necesaria una redefinición del concepto de paternidad. Citan doctrina que define la gestación por sustitución y que la diferencia radica en que no es sólo un óvulo de la mujer que solicita el bebé o el semen de su esposo, sino ambos dando origen a un embrión que se implanta en la mujer subrogada. Citan jurisprudencia local. Concluyen que, los conceptos desarrollados demuestran una clara evolución de la familia como institución que hoy refleja la necesidad de una solución jurisdiccional a este tema tan sensible. Fundan su pedido en el Principio de Legalidad, en tanto todo lo que no está prohibido está permitido, conforme art. 19 Constitución Nacional. Invocan Derecho a la Privacidad, y Principio de Dignidad de la persona, citan jurisprudencia local que transcriben, y de la Corte Interamericana De Derechos

Humanos: “Furlan y Familiares vs. Argentina” y “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015, y Ley No. 26.862, en especial art. 2, 7 y 8. Arguyen que la Corte Interamericana reconoció el derecho plasmado en dicha ley, de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación, que tomó nota del concepto de infertilidad emitido por la OMS, como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas”, que además tuvo en cuenta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad cuando establece que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan diferencias 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 los demás”. 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. Concluyendo que 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. Recordó que el art. 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo

ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones favorecer de una manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que 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 de autonomía y a la libertad reproductiva, principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley, y no discriminación, el cual determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Citan doctrina. Asimismo se fundan en la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las TRHA, cfme. Art. 558 CCC. Refieren al artículo 562 del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Citan doctrina.

Solicitan se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 CCC, 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, citan jurisprudencia. Alegan que, al no haberse contemplado específicamente la gestación por sustitución en el CCC, algunos interrogantes siguen abiertos con la inseguridad jurídica que ello genera al carecer los Registros de normativa, que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme la voluntad procreacional y así evitar la indeterminación e incerteza respecto de la identidad del niño, e inscripción inmediata del nacimiento. Cita informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el Acceso de los niños a la justicia (2013), que señaló especialmente “la importancia de la no discriminación en la inscripción de los

nacimientos” prevista en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Que la misma Alta Comisionada refiere al art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, identificando al nacimiento como motivo prohibido de discriminación y de estigmatización. Que el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho a un recurso efectivo, interpretado a través de la Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos; Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño, por lo que en virtud del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, los Estados se hallan obligados a erradicar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y adoptar medidas afirmativas para velar por que todas las personas, incluidos los niños, tengan derecho al mismo acceso a los mecanismos judiciales y decisorios sin distinción de ninguna índole. Invoca art. 52 del CCC, que en el contexto de estos estándares, y a los efectos de no tornar ilusoria la tutela judicial efectiva de la dignidad humana, consagra los derechos a la prevención y reparación del daño. Explica el art. 562 del CCC, que se halla inserto en el Capítulo titulado “Reglas generales relativas a la filiación por TRHA”. Cita fallos de la Corte Federal, por los que se sostiene que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Nacional s/ daños y perjuicios” 27/12/012, “Mazzeo” (2007). Citan fallo de la CIDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” 26/9/2006, sobre la función del control de convencionalidad por parte del Poder Judicial teniendo en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Alegan que en jurisprudencia se ha sostenido la inconstitucionalidad

y anticonvencionalidad del art. 562 del CCC, en tanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino de la mujer gestante, lo que implica que de no declararse la inconstitucionalidad de la norma -atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico de acuerdo a una interpretación literal, teleológica y sistémica como lo establece en el articulado del Título Preliminar del Código de fondo, y atento que no puede obviarse la relevancia del artículo por formar parte de las reglas generales en materia de TRHA -en este caso el art. 562 del CCC configura para los integrantes de esta familia, que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, una barrera que tornaba inaccesible para ellos el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar”.

Finalmente fundan la procedencia de la autorización judicial en las derogadas normas del código civil; Ley No. 26.682; No. 26.529; No. 23.592; art. 19 y 75 inc. 22 CN; art. 11, 5.1; 7.1, 24 CADH; y jurisprudencia aplicable que cita. Ofrecen prueba. Acompañan copia certificada de la declaración de consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado -formulario para la madre genética- (fs. 2/5) y formulario para la gestante subrogada (fs. 20/22), acta de matrimonio de S. H. P. y A. C. H. (fs. 9), partidas de nacimiento de F. P. H. (fs. 10), J. P. H. (fs. 11), A. C. H. (fs. 12), M. P. H. (fs. 15 y 34), copia de libreta de matrimonio (fs. 23/27), informe de médico Tocoginecológico (fs. 28/30), informe de médico en medicina Transfuncional (fs. 31), copia nota enviada por A. H.. Solicitan intervenció Junta Interdisciplinaria, y se practique Informe Ambiental. Hacen reserva de Derechos.

Impreso el trámite previsto en el art. 68 inc. 5 de la LOPJ – trámite verbal no actuado – se ordenaron las medidas solicitadas, y a los fines de la intervención multidisciplinaria se ofició al Equipo Interdisciplinario y

Consultorio Médico Forense de esta sede, y al Centro Médico PROAR. Se fijó audiencia a los fines de ser escuchados el hijo e hija de la gestante por la suscrita y con asistencia de la Psiquiatra Infanto Juvenil de este Tribunal, dándose intervención a la Defensoría General correspondiente. Asimismo se convocó a audiencia a los comparecientes, la gestante y su esposo, con patrocinio letrado; ley y ordenadas las medidas que el caso requiere (fs. 55).

A fs. 63/64 obra acta de audiencia celebrada ante la suscripta a la que comparecieron la Sra. M.E. H., el Sr. O., la Sra. A. C. H. y el Sr. S. H. P.; todos debidamente patrocinados, la que da cuenta que, el Sr. O. expresó que lo llevó a la convicción de realizar este tratamiento la espontaneidad de sus sobrinos y la generosidad de A.. Relatan que un día A. y S. le comunicaron su deseo de “prestar la panza” como le han dicho los niños, sus sobrinos. Que esa noche les grabaron unos audios donde los niños precisamente les manifestaron su deseo de que su mamá les preste la panza para que puedan tener un hijito. Ambos coinciden en que eso fue decisivo para la toma de la decisión. Por su parte, M.E. H. contó sobre las consultas y averiguaciones con médicos, que se asesoraron con los médicos y psicólogos y todo se encuentra en condiciones para que el tratamiento sea viable. Por su parte, el Sr. P., marido de la gestante, manifestó que él pensaba que el mayor obstáculo sería cómo hablar con sus hijos, pero cuando surgió el tema espontáneamente y los niños reaccionaron con tal naturalidad y simpleza que le dieron una lección de vida. La Sra. A. H., la gestante, expuso la secuencia de hechos que la llevaron a tomar la decisión. Comentó que no tuvo complicaciones con sus embarazos, que fueron perfectos, que los últimos dos fueron en paralelo con los de su hermana, su compinche, amiga y compañera, y se cuestionó cómo podía ser que a ella le pasara todo lo contrario y tuviera que estar viviendo una situación tan dolorosa, no pudiendo concretar su deseo de ser mamá. Ello la llevó a pensar en la posibilidad de hacer algo con por su hermana,

ya que se sentía muy impotente, sin poder ayudarla, entendiendo que al ofrecerle ser la gestante de su hijo, realmente podía hacer algo por su hermana, y no solo algo sino lo más importante para ella, y esto la hace sentir muy bien y muy feliz. En esta oportunidad, la Sra. M.E. H., el Sr. I. O. y la Sra. A. H. ratificaron su decisión ya expuesta en los documentos de consentimiento informado glosados en autos; y el Sr. P. ratifica expresamente su conformidad de que se lleve a cabo este tratamiento, acompañando a su esposa A. en esto.

A fs. 65 obra acta de escucha de la niña J. P. H. de ocho años de edad, y el niño M. P. H., de seis años de edad, hijos de la gestante, de la que surge que, los niños expresaron encontrarse felices de haber asistido al Tribunal porque “querían hablar con la Jueza para pedirle que deje que su mamá le preste la panza a la tía Maru para poner la semillita”. M. relató que él le preguntó a su mamá por qué su tía no podía tener bebés, y que ella le explicó que no podían crecer en su panza, fue así que a él se le ocurrió que ella le preste su panza a su tía. Luego ambos relataron sucesos sobre los embarazos de su mamá, todos transcurrieron en su vida diaria con total normalidad y simpatía. Los niños se mostraron espontáneos y su discurso fluido. Explicaron cómo sería el procedimiento para que “su primito” nazca, que saben que el tratamiento puede salir bien o no, que es un acto de amor lo que su mamá va a hacer y se consideran parte de eso, expresa J.. Hacen referencia que así como uno presta sangre, también puede prestar la panza.

A fs. 66 obra dictamen emitido por la Psiquiatra Infanto Juvenil interviniente, Dra. Marta Bianciotti, que concluye que J. y M. cuentan con los recursos psíquicos para transitar las vivencias actuales y no se observan indicadores en este momento que contraindiquen las mismas.

A fs. 68 consta dictamen emitido por la Psicóloga M.del Carmen Belmonte, que informa que A. es profesional y más allá de

referenciarse en el marco familiar para las decisiones más trascendentes, es una mujer muy segura y racional en sus reflexiones. Toma recaudos y previene situaciones tanto a nivel emocional como situaciones clínicas que pudieran sobrevenir. Tiene capacidad intelectual, emocional y física para llevar adelante el procedimiento que se solicita autorizar. A fs. 80 dictamen realizado por la Dra. M. Gisela Felibert del Consultorio Médico Forense que informa que respecto a A. H., no surgen signos de patología mental que le impidan comprender el alcance de sus decisiones. A fs. 71 obra dictamen clínico tocoginecológico elaborado por el Dr. Nestor Joaquin Cabrejas y Dra. Carolina Alejandra Nagel, que concluye que por los antecedentes médicos A. H. no presenta contraindicaciones para un nuevo embarazo salvo los inherentes a su edad avanzada en relación a su salud reproductiva.

Practicado informe socio ambiental por la Trabajadora Social de esta Sede en los domicilios de los demandantes y de la futura gestante, se informa respecto de la visita en el domicilio de la gestante, que se entrevistó a todo el grupo familiar, dialogando con el matrimonio y los niños quienes compartían eventualmente participando de la conversación en forma distendida y amena. Que A., de 40 años y S. de 41 son arquitectos ambos trabajan, cuentan con obra social de la UNR, profesan la religión católica. Que la idea de prestar su panza fue de A., S. y los niños acompañan. Que todos siempre pensaron en los niños. A. refiere no tener miedo y saber de los riesgos que pueden suceder al igual que en cualquier otro embarazo. Que toda la familia está enterada de la situación, apoyan, acompañan y “están emocionados”. A. manifestó que siente que ella era la “única que podía ser el puente” en esta situación. Los niños siempre hablan de “un primito” y no de un “hermano” y refieren que ello tranquiliza a los padres y al resto de la familia, dado que los niños lo tienen muy en claro. Por su parte, En el domicilio de los actores, M.E. e I. refirieron que consideraron

la adopción, pero que “la espera” les parecía demasiado larga, I. pensaba en la posibilidad emocional de hacerle frente a la historia familiar con la que podían venir los niños. M.E. cuenta con espacio terapéutico. I. por su parte realiza otras actividades para transitar la angustia que le produjeron las pérdidas de embarazo. Comentan que, cuando “formalmente” les hicieron la propuesta, se tomaron dos meses hasta aceptar. Muy emocionados expresaron que la propuesta les llegó cuando estaban casi resignados a no tener hijos y ser una familia de a dos. Refirieron que la mayor preocupación siempre fueron los niños y los riesgos que podría correr A.. Se sienten felices y se emocionan al ver la cercana posibilidad de comenzar a “pensar en un nuevo embarazo y un hijo”. Destaca que ambas hermanas como también sus esposos, se encuentran unidos por un vínculo fuerte y amoroso, que ha fortalecido la relación familiar entre ellos y los niños, dando lugar a la situación planteada como algo natural y fuerte entre A. y M.E..

A fs. 76 comparece la parte actora y acompaña copia debidamente certificada de las historias clínicas de M. E. H. y A. H. (fs. 77/265). A fs. 268 contesta oficio diligenciado oportunamente, el Laboratorio Biológico PROAR por el que responden respecto de lo solicitado que: “1.1 Para generar embriones humanos, se utilizan óvulos extraídos de los ovarios de la madre genética, de manera natural o luego de una estimulación, este material genético se pone a fertilizar con espermatozoides y división celular, hasta ser transferidos al útero. Eventualmente, si existieran embriones supernumerarios, o sea más de los recomendados a transferir por vez, podrán ser crioconservados para futuros intentos si el embarazo no ocurrió o luego del nacimiento y en un tiempo prudencial, intentar un segundo embarazo. 1.2 Es responsabilidad obligatoria del Centro, donde se realizan tratamientos reproductivos, tener debido registro sobre el origen de las gametas, su control evolutivo y si existió crioconservación, su guardado y posterior utilización, al igual de a quién son transferidos. Señalan el

control puntual que anualmente reciben los Centros para estar acreditados en su funcionamiento sobre estos registros. 1.3 Cada pareja o persona tiene conocido y consentido de manera explícita cuántos embriones tiene crioconservados, al igual que cada vez que se descongelan para ser transferidos. La persona y/o pareja es propietaria de ese material genético y solo ellos pueden retirarlo si es su explícita decisión al respecto mediante la firma del consentimiento informado respectivo. El Centro no puede decidir otro destino al explicado precedentemente. 1.4 De todos estos pasos y su evolución o destino, existen consentimientos informados, conocidos y aceptados por los pacientes. 1.5 El Centro dispone de un departamento de Psicología donde son evaluados donante y receptor, de manera individual y su resultado habilita o no la realización de la técnica. 1.6 El Centro cuenta con todas las habilitaciones requeridas para su función, como además acreditación nacional y latinoamericana.” Acompañan a fs. 269 informe entrevista de la Sra. A. H. con la psicóloga del instituto quien dictamina que la Sra. manifiesta conocer y entender las implicancias de este tratamiento, y se muestra con pleno uso de su consciencia. A fs. 272/289 se agrega informe del Centro Médico PROAR cumplimentando en su totalidad lo requerido mediante oficio No. 5551 de fecha 16 de agosto de 2017, e informan: Para generar embriones humanos, se utilizan óvulos extraídos de los ovarios de la madre genética, de manera natural o luego de una estimulación, este material genético se pondrá a fertilizar con espermatozoides y se van a incubar durante uno a 5 días, período de fertilización y división celular. El procedimiento utilizado para la obtención de óvulos de la madre genética, es la estimulación ovárica y posterior aspiración de óvulos obtenidos mediante dicha estimulación; los cuales fueron fertilizados con los espermatozoides del Sr. O.. Se realizó fecundación in vitro de los óvulos de la Sra. M.E. H. con los espermatozoides de su pareja el Sr. I. O., para que la fecundación ocurra en el laboratorio. En este caso, el material

genético utilizado para la formación de embriones proviene de los padres genéticos (los óvulos corresponden a la Sra. M.E. H. y los espermatozoides al Sr. I. O.). Se encuentra crioservado un embrión de la pareja y se implantará ese único embrión. La pareja tiene conocido y consentido de manera explícita cuántos embriones tiene crioconservados. La pareja es propietaria del material genético y solo ellos pueden retirarlo si es su explícita decisión mediante la firma de consentimiento informado. Etapas de la fertilización in vitro: 1. hiperestimulación ovárica controlada de la madre genética. 2. Aspiración folicular de la madre genética. Consiste en obtener los óvulos del interior de los folículos mediante la punción del ovario, un procedimiento ambulatorio que requiere sedación. Inmediatamente obtenidos los óvulos, son clasificados por su forma y guardados en incubadora en platos que contienen medio de cultivo, previamente rotulados con el nombre de la madre genética. El semen es procesado en el laboratorio para seleccionar los espermatozoides con buena movilidad y morfología. Para que ocurra la fecundación (proceso que se inicia con el contacto de los espermatozoides con la cubierta que rodea el óvulo y termina con la conformación de los pronúcleos en el interior del ovocito), se incuban en un mismo medio de cultivo un óvulo con 50.000 a 100.000 espermatozoides aproximadamente. Al momento que un espermatozoide logra penetrar la zona pelucida, el óvulo reacciona activando la capa celular para bloquear la entrada de más espermatozoides. La fecundación se confirma con el microscopio, 16 a 20 hs después de la inseminación in vitro. Las pacientes y el Sr. O. han sido evaluados por los profesionales del Centro, los cuales han calificado como aptos para el procedimiento al que decidieron someterse, tanto física como psicológicamente.

Corrida vista al Consultorio Médico Forense de estos Tribunales, a fin de que dictamine conforme las nuevas constancias respecto del

estado de salud físico y psíquico de la Sra. A. H., en relación a ser “gestante”. Remitiendo su dictamen a fs. 293/294 concluyendo que: “no presenta contraindicaciones para un nuevo embarazo, salvo lo inherente a su edad avanzada en relación a su salud reproductiva”.

Corrida vista a la Sra. Defensora General N° 2, actuante, la misma dictamina a fs. 296, y expresa que, de la escucha y prueba de autos principalmente el informe de la Psiquiatra Infanto Juvenil del Tribunal, se evidencia que los niños J. P. H. y M. P. H. tienen una idea formada del acto que realizará su madre a favor de su tía gestación por sustitución / maternidad subrogada. Que se encuentra en su totalidad el consentimiento formulado por los intervinientes pieza clave en el establecimiento de la filiación, como la voluntad de ser padres, elemento central, fundante y columna vertebral de la filiación. Estima que cuando la práctica se produzca y llegue a término, esto es, nazca el niño/a, quienes hayan prestado el consentimiento informado y libre, como oportunamente sus hijos, deben tener presente que no pueden impugnar la filiación, debiendo tener en claro que dicho consentimiento también puede ser revocado en cualquier momento antes de su implantación....En cuanto al tratamiento seguirá según instrucciones médicas, desde su saber desarrollando su labor profesional guiado por el principio de beneficencia y su deber de informar [...] Citando a Krasnow expresa que, “...no podemos desconocer que cerca de cada uno de nosotros esta realidad existe y desde el derecho debemos dar respuestas más aún cuando nos encontramos con una historia tan peculiar como la de M.E. e I.. La maternidad por sustitución es una realidad ocurre de manera no regulada generando numerosos sufrimientos a los pacientes ... que la maternidad, la paternidad y la estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionado con su historia, con la personalidad de sus padres, y el afecto que éstos le brinden que con las circunstancias de su

concepción.” Por lo que entiende, puede la suscripta hacer lugar a la pretensión solicitada (arts 19, 558 y ss del CCC). Encontrándose las actuaciones en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: Que los presentes tratan en primer término sobre un pedido de autorización para realizar una TRHA, consistente en transferencia del embrión generado por la fertilización in vitro, fecundación producto de los óvulos obtenidos de la madre genética, Sra. M.E. H. y de los espermatozoides aportados por el padre genético, Sr. I. O., en el útero de la Sra. A. H., en adelante gestante, hermana de la actora, lo que es conocido en doctrina, jurisprudencia y derecho comparado como “gestación por sustitución” entre otras denominaciones [Krasnow, Adriana N. “La filiación”, La Ley, Bs. As., 2006, p.229]. Fundado en el principio de legalidad (art. 19 CN), protección de la familia y Derecho a formar una familia; Derecho a la privacidad, Derecho a acceder a las TRHA, Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”); art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”); art. 16.3 Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante “DUDH”), art. 6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “DADDH”); y art. 5.1, 7.1, 11, 17.1, y 24 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante “CADH”), Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; garantía de acceso integral a las TRHA; Ley Nacional 26.682; Ley Nacional 26.529; Ley Nacional No. 23.592, igualdad y no discriminación; y jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que citan. En segundo lugar, subsidiariamente en caso de prosperar la autorización, la pretensión de inscribir en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas,

al niño o niña, niños o niñas así concebidos, como hijo/hija/hijos/hijas de los demandantes, fundándose ello en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme art. 558 del código civil y comercial de la Nación; derecho a la identidad art. 2 y 7 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 75 inc. 22 Constitución Nacional. Por último, y a fin de la procedencia de las pretensiones esgrimidas, la solicitud de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la norma del artículo 562 del CCC, fundado en que la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica una barrera que tornaría inaccesible para los actores el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar. Cita art. 52 CCC, jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante "CSJN").

Previamente cabe aclarar que, ante la falta de regulación expresa respecto de la pretensión esgrimida, dada la delicada sensibilidad del tema y los fundamentales derechos en juego, nos obliga a realizar el análisis de la situación actual, a la luz del ordenamiento jurídico en general, desde una visión integradora y en diálogo de fuentes internas y convencionales, en función de la manda legal emergente del art. 95 CP, art. 3 CCC, y en base a lo estipulado en las normas de los arts. 1 y 2 del CCC, en tanto ordenan que, los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma (art. 1), interpretando la ley teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de

modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2).

Respecto al primer punto, se señala que si bien la gestación por sustitución (maternidad subrogada, gestación por otro, maternidad disociada, gestación solidaria, etc.) no cuenta con previsión legal expresa, ha sido reconocida implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional No. 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013). En su artículo 2 dispone, “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el artículo 7, el que reza: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello se deduce, que abarca “el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente – de distinto o igual sexo – que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo” [Krasnow, Adriana Noemí, Tratado de Derecho de Familia, 1ª ed., CABA, La Ley, 2015, T. III, p. 76]. Además como consecuencia del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria, incorporando al sistema jurídico las TRHA (art. 558 CCC), entre las que

lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se depende además de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento constitucionales y convencionales conforme analizaremos seguidamente (art. 1 y 2 CCC).

Pues bien, la doctrina enseña que la llamada gestación por sustitución, es una TRHA que presenta diversas variables, todas las cuales implican 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, pudiéndose producir un quiebre en la unidad de la maternidad al concentrarse en diferentes personas la maternidad genética – persona que aporta los gametos – y la maternidad gestacional – persona que lleva a cabo el embarazo – con la posibilidad de que recaiga en una misma persona o no la maternidad genética y gestacional, siendo lo tipificante que, reposa en otra u otro la responsabilidad de asumir la maternidad/ paternidad social y legal [Famá, M.Victoria, “La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar”, DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 197; Krasnow, A. N.; Tratado ..., op. Cit., p. 61]. Famá describe las dos modalidades sobre las que básicamente se presenta, “la tradicional, plena o total en que la "madre subrogada" también es la "madre genética", ya que propios óvulos son fecundados con espermatozoides del progenitor comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial; y la gestacional o parcial, que refiere haber avanzado por sobre la tradicional a partir de la década del noventa en razón de los progresos científicos en la materia, donde la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la "madre subrogada", que normalmente es la comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada

con ella por razón de amistad o parentesco o bien, como sucede en la práctica, una donante anónima. La gestación por sustitución gestacional requiere entonces que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del progenitor comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a la fecundación "in vitro", seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes" [Famá, M. V., ut sup. Cit.]. El presente caso refiere entonces a "gestación por sustitución gestacional". Se trata de una figura compleja, que en palabras de Lamm, "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" [Lamm, Eleonora; Gestación por sustitución. Realidad y Derecho; Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, julio 2012; www.indret.com; Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal" en RDF Nro, Abeledo Perrot, pág. 111].

De tal guisa se desprende que, la gestación por sustitución, constituye un compromiso mediante el cual la mujer gestante acepta someterse a la TRHA para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja denominados comitentes, obligándose a entregar el niño, niña o niños o niñas por nacer, sin que pueda establecerse ningún vínculo jurídico de filiación con ella, que es quien da a luz [Scotti, Luciana; "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas"; en Pensar en Derecho; <http://www.derecho.uba.ar>]. Desde una

óptica más humanista, se la describe como "...como una TRHA ... que, a más de posibilitar el ejercicio del derecho reproductivo en pos del libre desarrollo de la personalidad, conlleva un inmenso acto de amor tanto de quienes quieren ser padres como de quien presta para ello su útero. Mientras el amor de los primeros está reservado por y para el anhelado hijo o hija, el amor de la gestante es por y para aquellos que albergan el deseo de formar una familia. Ese amor que da inicio al proyecto parental se traduce al lenguaje jurídico en lo que conocemos como 'voluntad procreacional'" [De Lorenzi, Mariana y Cappella, Lorena: "Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor" - Ed. AbeledoPerrot - RDF 2016-IV-136].

Ciertamente, regulada o no, se las acepte o no, e independientemente de las convicciones personales reservadas a nuestra esfera íntima, en el plano de la realidad social la gestación por sustitución gestacional existe, tanto en el orden internacional como nacional, y cada vez en mayor cantidad. Acusándose desde todos los sectores su necesidad de regular, ante la inseguridad jurídica que se ocasiona y, fundamentalmente, el sufrimiento e incertidumbre de las personas que acuden a dicha técnica para concretar su deseo de tener un hijo [Burgués, Marisol B. - Vázquez Acatto, Mariana, "Hermenéutica de la gestación por sustitución en la Argentina: El clamor de su regulación. Segunda parte", 21-nov-2016, MJD10385]. Todo lo cual se advierte de cotejar los casos presentados en la justicia ya sea para determinar la filiación de los niños/niñas así nacidos, o de modo previo como el presente, a fin de solicitar la autorización judicial respectiva [CACiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 14/04/2010, "B., M. A. c. F. C., C. R."; Trib. Cont. Adm. y Trib. N° 5, CABA, 22/03/2012, "D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo"; Trib. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., 22/3/2012, "G. B. y M. D. v. GCBA, s/amparo"; Juzg. de 1ª Inst. Distr. Flia., San Lorenzo, 02/07/2012, "S.G.E.F. y G.C.E." ; Trib. Cont. Adm. y Trib.,

CABA, 11/01/2013, "L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo"; Juzg. Nac. Civ. N° 86, 18/06/2013, "N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento"; Juzg. de Flia., Gualeguay, 19/11/2013, "B., M. A. c/ F. C., C. R."; Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 15, 27/11/2013, "P. M. C. y otros c/ GCBA"; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11/06/2014, "M. K. C y otros s/ información sumaria"; TCF N° 7, Rosario, 02/12/2014, "XXX s/ maternidad por sustitución"; Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 17, 18/12/2014, "B.F.M. y OTROS c/ GCBA s/ Amparo"; Cám. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 23/12/2013, "B. C. R. y otro v. Dirección General de Asuntos Consulares s/ medida autosatisfactiva"; Cám. Fed. Rosario, Sala B, 11/05/2015, "GAMAZA, Roberto José y otra s/ Medida Autosatisfactiva"; Juzg. Nac. Civil. N° 102, 18/5/2015, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L."; Juzg. Nac. Civil. N° 83, 25/6/2015, "N., N. O s/ inscripción de nacimiento"; Juzg. de Flia. N° 1, Mendoza, 29/7/2015, "A. V. O.,A. C. G. Y J. J. F p/ Medida autosatisfactiva"; Juzg. Civ. N°8, Bs. As., 13/08/2015, "C., G. J. C., s/ información sumaria"; Juzg. Flia. N° 1, Mendoza, 02/09/2015, "C. M. E. y J. R. M. c. O.S.D.E. s/ medidas cautelares"; Trib. Sup. de Jcia. de CABA, 04/11/2015, M. C. K. y otros–información sumaria–recursos de inconstitucionalidad; Juzg. de Flia. N° 1, Mendoza 15/12/2015, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento"; Juzg. de Flia. N° 9 Bariloche 29/12/2015, dato reservado, Expte. Nro. 10178-14; Juzg. de Flia. N° 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015, H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC; SCJBA, 06/04/2016, "B., M. y otros s/ filiación"; Juzg. Nac. Civil. N° 7, 23/05/2016; TCF N° 5 de Rosario, 27/05/2016, "G. G. S. y J. G. G. s/ filiación"; Juzg. 1ª Inst. Civ. N° 7, 15/06/2016, A. R., C. Y OTROS c/ C., M. J. s/Impugnación de Filiación; Juzg. Nac. Civil N° 4, 30/06/2016; Juzg. Unipersonal de Flia. Nª 2, Moreno, 04/07/2016, S. P, B. B. c/ S. P., R. F. S/ materia a categorizar; Juzg. Flia. N° 2 de Pto. Madryn, 18/08/2016, "L., M. Á. y P., A. M. Jt. s/ medida autosatisfactiva"; Juzg. Flia. N° 3 de Gral. San Martín 22/8/2016 "M., I. M. y otro s/ autorización judicial"; TCF No.

7, 5/9/2016, "XXX y otra s/autorización judicial", Juzg. Civil N° 8, 09/2016, "B., B.M. y Otro c/ G., Y.A. s/Impugnación de filiación"; Juzg. Flia. N° 12 de Lomas de Zamora 3/10/2016 "G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/rectificación de partida"; CA Cont. Adm. y T. - Sala I, Defensor del pueblo de la ciudad autónoma de buenos aires y otros contra GCBA y otros sobre amparo –otros Número: EXP A1861/2017-0, Agosto 2017; Juzg. Flia. No. 7, Viedma, Rio Negro, 6/7/2017, "Reservado s/ Autorización Judicial; Juzg.Civ, 1ª. Inst. CABA; N° 81, marzo de 2017. "Santalla, 2 Mendoza, 6/9/2017, "M.M.C. Y M.G.J. Y R.F.N. por medidas autosatisfactivas"; Juzg. Flia. No. 2, Córdoba, 22/11/2017; "R., L. S. Y OTROS – Solicita Homologación"].

En todos los casos la justicia admitió la práctica, reconociendo el vínculo filial con las personas que han emitido su voluntad procreacional. Esto es, asumir la responsabilidad procreacional plasmándola al emitir el consentimiento libre e informado [Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad y aplicabilidad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de regulación legal", RDF, N° 50, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 108). Gil Dominguez define la voluntad procreacional, como un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, definiéndola desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [Gil Dominguez, Andrés, "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 143].

Es importante destacar que este tipo de TRHA, ha sido y es ampliamente debatida en doctrina, logrando en la actualidad mayores adherentes. Sin embargo, en nuestro derecho interno no se encuentra regulada.

Ello a pesar de la norma proyectada en el art. 562 del Anteproyecto de reforma del código civil y comercial de la Nación que sí lo preveía. Precisamente, dicha norma fue suprimida por la Comisión Bicameral, adoptando nuestro país la posición abstencionista (a diferencia de los países que han asumido una posición reguladora o prohibicionista). Se fundaron textualmente en que, “La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre “Relaciones de Familia” que más voces encontradas ha generado [...] que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad [...] una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma” [ap. 62.- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (artículo 562); <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>].

Sin embargo, aun cuando se ha optado por silenciar una realidad existente, creándose un vacío legal de permanente fuente de conflictos, incertidumbre, y sufrimientos, no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización. Por consiguiente, debo entender que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad (art. 19 CN) todo lo que no está prohibido está permitido. Así lo explica Gil Dominguez: “Si bien existe un vacío legal, esto no se

traduce en un vacío constitucional-convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 CN) [Gil Dominguez, “La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico”, Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 30 - 11.07.2017]. En similar entendimiento se concluyó por unanimidad en la Comisión nro. 6 (Familia), "Identidad y filiación", de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre 2015), a saber: "1) Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida en similares a lo expuesto; 2) Se debe regular la gestación por sustitución en una ley especial conforme el criterio del art. 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación; 3) La ley especial de gestación por sustitución debe hacer hincapié en la protección de todas las personas intervinientes; 4) El nacido por gestación por sustitución, con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial; 5) El derecho a conocer los orígenes del niño nacido por gestación por sustitución realizada con material genético de personas ajenas al proyecto parental se resuelve, en el caso de los donantes de gametos, por aplicación de los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación" (Unanimidad: Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN deH. Río Negro), M.Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow). Como así también se ha decidido en la vasta jurisprudencia nacional citada. Ello, a más de haber sido receptada como se anticipara, a través del reconocimiento implícito en la Ley Nacional No. 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, y en función de la

coherencia normativa de los artículos comprendidos en el código civil y comercial de la Nación, Libro Segundo, Título V, sobre Filiación, en especial artículos 558 y 562 que reconoce como fuente de la filiación a la voluntad procreacional, incorporando las TRHA. Expresada la voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, informado y libre conforme regula. Así lo ha entendido la doctrina [Lamm, Eleonora, “Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad”, RDF No. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1; Gil Dominguez, Andrés, “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, “Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad”, RDF No. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 133; Krasnow, Adriana – Pitasny Tatiana, “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial”; Microjuris, 3-dic-2015, MJ-DOC-7539-AR;) Herrera, Marisa - De la Torre, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", LA LEY, 03/11/2016; Burgués, Marisol B. - Vázquez Acatto, Mariana, “Hermenéutica..., op. cit.; Lloveras, Nora - De Lorenzi, Mariana, “Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas”; Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, ErreNews - Civil - Novedades - Nº 92 - 15/8/2017, <http://erreius.errepar.com>; De Lorenzi, Mariana A.: “Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad”; AP/DOC/179/2017; De Lorenzi, Mariana – Capella, Lorena, “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); Ales Uría, Mercedes, "La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación", Fallo comentado: Juzg. Nac. de 1ª Inst. Civ. Nro. 8 —2016/09/20— "B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ Impugnación de Filiación", DFyP 2017 (mayo),

11/05/2017, 243; Notrica Federico y Vigo Fiorella, “Gestación por sustitución: nuevos fundamentos para una realidad insoslayable”, nota a fallo DPI Cuántico, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 9 – 12/04/2016, <http://dpicuantico.com>; Hernández, Natalia “Hijos propios en vientres ajenos. Aportes para (re)pensar la indispensable regulación de la gestación por sustitución en la Argentina”, 4-ago-2017, MJ-DOC-11943-AR; Rodríguez Iturburu, Mariana – Notrica, Federico P. “La figura de la gestación por sustitución: otra vez en boca de todxs”, 13-09-2017, MJ-DOC-11989-AR; Briozzo, M. Soledad, “La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional”, DFyP 2017 (noviembre), 14/11/2017, 30, entre otros], como la jurisprudencia nacional citada en forma unánime.

A mayor abundamiento, en el orden legislativo, se han presentado tres Proyectos de Ley en esta tendencia: a) Proyecto 2574-S-2015: Ley sobre gestación por sustitución, presentado por la Senadora Montero el 14 de agosto de 2015; b) Proyecto de ley 5700-D-2016: Regulación de la Técnica de Gestación solidaria, presentado por el Diputado Ferreyra y otros, el 31 de agosto 2016; c) Proyecto de ley 5759-D-2016: Gestación por sustitución. Régimen, presentado por la diputada Rach Quiroga, que en líneas generales mantienen los predicamentos de la norma proyectada otrora. Cabe agregar que en el derecho comparado la regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece. Aun encontrándose expresamente prohibida en varios países, éstos no se han visto eximidos del denominado “turismo reproductivo”, ello ocurre cuando las personas o parejas que disponen de medios económicos, se trasladan a otros países para acceder a las TRHA prohibidas en su propio Estado y luego acuden a la justicia a fin de que se reconozca el emplazamiento filial con plenos efectos jurídicos en el territorio nacional [véase, Famá, M. Victoria,

"El orden público internacional argentino ante la filiación por técnicas de reproducción humana asistida: normativa vigente y solución proyectada", JA, 2012-IV; Rubaja, Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 328; Scotti, Luciana, op. Cit., entre otros].

Ahora bien, en orden a la coherencia con el ordenamiento jurídico exigida al interpretar las normas (art. 2 CCC), primeramente cabe sentar que, como he anticipado y se ha sostenido reiteradamente en jurisprudencia y doctrina, la gestación por sustitución no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico argentino, habiendo sido receptada en el contexto normativo de las normas del Libro Segundo, Título V sobre Filiación, especialmente artículos 558 y 562 del código civil y comercial, en consonancia con el sistema de tutela fundamental y convencional de derechos, en cuyo marco se han dictado las leyes nacionales No. 26.862 de reproducción humana asistida, y No. 26.529 de los Derechos del paciente (arts. 1º y 2º autonomía de la voluntad) que la reconocen implícitamente; Ley No. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (sancionada el 11 de marzo de 2009) que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (art. 3 inc. e); configurándose hipótesis de violencia sexual cualquier acción que implique la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva (art. 5 inc. 3) en las modalidades, tipos y ámbitos en los que se manifieste (art. 6, inc. a, d, y e) [cfm. Galati, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", DFyP 2015 (febrero), 165].

Todo lo cual debe ser interpretado e integrado en

coherencia y armonía con las normas constitucionales y convencionales, en razón de lo dispuestos por los artículos 1 y 2 del código civil y comercial. En tal sentido enseña Gil Dominguez, en argumentos que se comparten, “la filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana [...] el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución [Gil Dominguez, La gestante...; op. cit.]. Postulados sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntualmente en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", donde la Corte interpreta la norma del art. 11 de la CADH, y precisa el derecho a la vida familiar entendido más allá del derecho a la privacidad; y el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social, a autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias opciones y convicciones. Definiendo así a la libertad como derecho humano, comprendiendo la decisión de ser o no madre o padre como parte del derecho a la vida privada, reconociéndose así el derecho de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías, derecho fundamental y humano que debe garantizar y

efectivizar el Estado [CIDH, "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", 28 de noviembre de 2012, LL, 2013-A, 160].

Concretamente, a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 1 y 2 CCC), la gestación por sustitución se encuentra garantizada a través del reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (cfm. art. 11 CADH e interpretación CIDH "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs. Costa Rica", op, cit.), derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5. 1 CADH), derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 7.1 CADH), derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH). Precisamente, advierte Gil Dominguez, la discriminación que se produce no admitiendo la gestación por sustitución en nuestro país, toda vez que solo las personas con recursos económicos de consideración pueden acceder a la gestación por sustitución en el extranjero, en desmedro de aquellas que no los poseen. Además de la discriminación que implicaría negar una autorización judicial a la mujer que se encuentra impedida de gestar por su condición de persona discapacitada, o por su condición de género en función de los estereotipos sociales (art. 1, y s.s. Ley No. 23.592). Entiendo, en forma coincidente con el autor, que la intervención judicial previa se presenta como necesaria en el contexto legal actual. Así expone, "... 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" [Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237].

Por consiguiente, tengo para mí que, la solicitud de autorización judicial pretendida resulta admisible toda vez que, ante la falta de regulación legal expresa, conforme los fundamentos precedentemente

expuestos y los alegados por los actores, corresponde a esta Magistrada resolver la pretensión formulada, a fin de garantizar la efectividad del derecho de acceso a justicia [100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad Reglas #3; #4; #7; y #24 inc.b)] dado que la falta decidida de regulación ha dejado la cuestión librada al solo arbitrio de la decisión judicial (art. 3 CCC) [De Lorenzi, - Cappella; "Gestación...", op. cit.].

Sentado ello, cabe adentrarse al análisis del caso concreto traído a resolver, a fin de evaluar si se encuentran reunidos en los presentes, los recaudos que hacen procedente la solicitada autorización judicial, tomando como base las elaboraciones formuladas uniformemente en doctrina y jurisprudencia, las que oportunamente habían sido ya recogidas por el proyectado artículo 562 citado. A tal evento, respecto de la gestante se ha evaluado y corroborado a través de los certificados y copia de historia clínica acompañados (fs.77; 221/265), informes remitidos por el Instituto PROAR (fs. 268/269; 283/284), los informes emitidos por los profesionales de la multidisciplina del Equipo Interdisciplinario y del Consultorio Médico Forense de este Tribunal (fs. 68/71; 293/294), como así también del informe ambiental practicado por la Trabajadora Social de esta sede (73/74), que la Sra. A. H. "tiene capacidad intelectual, emocional y física para llevar adelante el procedimiento que se solicita autorizar" (fs. 68), "no surgen signos de patología mental que le impidan comprender el alcance de sus decisiones" (fs. 80), goza de plena capacidad a los fines de comprender el alcance del compromiso asumido, habiéndolo realizado en forma libre, espontánea e informada (fs. 20/22); que se encuentra en condiciones de afrontar el embarazo, sin contraindicaciones salvo lo inherente a su edad avanzada en relación a su salud reproductiva (fs. 71; 77; 269; 284; 294). Por su parte, es madre de tres hijos de ocho, seis y dos años de edad (copia partidas de nacimiento a fs. 10; 11 y 15; constancias médicas a fs.

221/265; 268/269; 283/284), no habiéndose sometido antes a un proceso de gestación por sustitución (fs. 71; 73/74; 268/269; 283/284). Se ha determinado fehacientemente que el material genético utilizado proviene de los propios comitentes, se ha obtenido de óvulos de la actora, M.E. H. y de espermatozoides del actor, I. O., a los fines de la fecundación que se ha realizado mediante la técnica de fertilización in vitro (fs. 267/268; 288/289) no aportando la gestante material genético alguno (fs. 267/268; 288/289). Asimismo se ha comprobado en autos, a través del preciso relato de los actores respaldado con las constancias médicas adjuntadas a fs. 78/220; 272/282; 287, que la Sra. M.E. H. presenta un cuadro de "Trombofilia severa con mutaciones en el gen del FVL, en el gen PAI y en el gen MTHFR en estado de heterocigota, síndrome de Hellp", por lo que la misma se encuentra en "gravedad del cuadro obstétrico", imposibilitada de llevar un embarazo a término. Antecedentes de tres gestas: año 2010 detenido semana 15, BB morfológicamente normal pero placenta con múltiples infartos; años 2011, embarazo gemelar semana 18 se detiene un BB, semana 25 SINDROME DE HELLP, se realiza cesárea lográndose nacimiento con vida del otro BB que fallece a la semana; año 2014, gesta normal, semana 26 se constata retardo en crecimiento y oligámnios severos, semana 27 se detiene. Del estudio inmunológico se detectó además incompatibilidad de pareja. Por último, la gestante A. H., ha manifestado a la suscripta los motivos fundados en el amor a su hermana, que la decidieron llevar a cabo la técnica cuya autorización se solicita. Ha expresado querer ayudar a su hermana, y sentir que es la única persona que puede hacerlo, ha descripto la impotencia sentida ante la situación dolorosa que le tocó vivir a su hermana, entendiendo que a través de la gestación por ella podía hacer lo más importante para su hermana, y eso la hace sentirse muy bien, muy feliz (fs. 64). Por su parte, surge de las constancias de autos que, la gestante y su hermana se encuentran unidas a través de un fuerte vínculo de

amor, compañerismo, amistad y apoyo, tratándose los presentes de un auténtico caso de altruismo, motivado en el amor que se profesan mutuamente ellas y toda la familia, en el profundo deseo de que M.E. e I. hagan realidad su deseo de ser madre y padre, el que se ha visto dolorosamente frustrado más de una vez. Paradójicamente los duros momentos que tuvo que afrontar esta familia, los ha fortalecido aún más en el amor, la lealtad y solidaridad en la pareja, digno de destacar. He podido comprobar a través de las audiencias realizadas, escucha de la hija e hijo de la gestante, e informe ambiental de la Trabajadora de esta sede, que nos encontramos frente a una familia consolidada en el afecto y el apoyo mutuo con cada uno de sus integrantes, no solo entre los actores, sino entre todos los miembros de la familia en general. Precisamente he escuchado a los hijos de la gestante, J. de ocho años de edad y M. de seis, no así a F. de muy corta edad (dos años).

Precisamente, los argumentos más contundentes a la hora de hacer lugar a la autorización solicitada han provenido curiosamente de la escucha realizada. En dicha oportunidad, la hija e hijo de la gestante, se presentaron felices, manifestaron en forma espontánea, fluida respecto de la situación de autos, que querían hablar con la Jueza para pedirle que deje que su mamá le preste la panza a su tía Maru para poner la semillita. Que ha sido idea de ellos que le preste la panza. M. relató naturalmente que la idea surgió a raíz de preguntarle a su mamá por qué su tía no podía tener bebés, y que ella le explicó que no podían crecer en su panza, fue así que se le ocurrió que se la preste. Luego le grabaron audios a su tía comunicándoselo. J. y M. relataron sucesos de su vida familiar que evidencia la normalidad y entusiasmo con que han tomado esta problemática y la dificultad de salud de su tía. Se refieren al “*niño por gestar*” como su primito, y emplean términos en plural que hacen deducir la participación que mantienen ambos en la vida familiar, tanto respecto

de sus padres como del resto de la familia ampliada. Manifestaron estar al tanto de que el tratamiento puede salir bien o no, y saben que es un acto de amor lo que su mamá va a hacer y se consideran parte de ello. Notable es la reflexión final de M. cuando expresó: “así como uno presta sangre también puede prestar la panza”.

La escucha efectuada me ha llevado a reflexionar en cuanto a los debates éticos y jurídicos que enfrenta esta técnica en el mundo de los adultos, lo cual queda reducido a cero en la lógica de los niños, cuando con total simpleza la comprenden como un simple y significativo acto de amor. Asimismo, en palabras de honesta simpleza, los niños han resumido en su entender y en sus palabras la problemática generada por la falta de regulación legal de la gestación por sustitución. Efectivamente, en ocasión de la escucha, manifestaron a la suscripta “encontrarse felices de haber venido al tribunal porque querían hablar con la jueza para pedirle que deje que su mamá le preste la panza a la tía Maru para poner la semillita.” En estas sencillas palabras se expresa la el sufrimiento, la incertidumbre e inseguridad que genera la falta de regulación legal. Resulta necesario exhortar a los legisladores a debatir sin más dilaciones esta realidad que vulnera gravemente los derechos de muchos ciudadanos.

Dicho ello, resta considerar lo actuado en función del interés superior del niño, el que aún no ha sido concebido, pero como consecuencia de llevar a cabo la técnica que se autoriza, y lograda con éxito, acaecerá. Así lo disponía la norma proyectada. No obstante, el principio rector constituye un imperativo legal ante cualquier decisión judicial que involucre a un niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley Nacional No. 26.061; art. 4 Ley Provincial No. 12.967, art. 706 inc. c) CCC), aun cuando a la hora de tomar la decisión judicial no ha sido concebido, como es la hipótesis del presente caso, Ello me lleva a pensar sobre la conveniencia de tutelar una nueva categoría o condición de “*niño por*

gestar", pues precisamente, el fin mismo que lleva a tomar la decisión de acudir a la realización de este tipo de TRHA, es la de poder engendrar un hijo, fruto del amor. La Real Academia Española define a engendrar como "dar vida a un nuevo ser". Por las formas y métodos que sea, el fin mismo es *dar* vida a un nuevo ser, traducido ello al deseo de tener un hijo. De las constancias de autos surge con total evidencia que ha motivado estas actuaciones el ferviente deseo de M.E. y de I. de engendrar su hijo, de poder darle vida, amarlo, cuidarlo, verlo crecer, vivir en familia, todos sus proyectos apuntan a ello. Su sueño como lo han descrito, y el sueño de toda una familia unida en el amor, el compañerismo y la solidaridad. Sueño que muchas veces vieron frustrado, y cuando ya creían imposible de realizar, "que solo serían una familia de dos", recobraron la ilusión y esperanza con la propuesta de A. de gestarlo por ellos. De manera tal que, el interés superior de este "*niño por gestar*" no dista del proyecto familiar de cualquier otra pareja que, motivada en el amor engendra su hijo producto de una relación sexual. Tengo para mí, que el interés superior del niño *por gestar* que debo tener en miras en este acto, responde a su derecho a poder nacer en esta familia, a poder crecer ser cuidado y amado por esta familia, todas circunstancias comprobadas en autos. Desde ya no escapa a estas reflexiones que el niño por gestar no es persona, no es niño aún (art. 19 CCC). No obstante reparo en la necesidad de legislar la problemática planteada en el presente caso, pues el principio rector y garantista del interés superior exige esa tutela. Así Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, en comentario al primer fallo habido en la materia en la jurisprudencia nacional expresaron 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.), concluyendo que regular de

manera positiva la gestación por sustitución es la respuesta legal que mejor satisface el interés superior del niño. A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo [Kemelmajer de Carlucci, Aída Lamm, Eleonora Herrera, Marisa; “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, La Ley, 11/07/2013, 3, comentario al fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 86, 2013-06-18, “N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento].

En consecuencia, habiendo comprobado en autos la existencia de las condiciones aptas para la procedencia de la autorización, tengo para mí que los argumentos expuestos por los actores, la entrevista con la gestante, su esposo, y la escucha de la niña y el niño, han sido la razón de la convicción absoluta, por lo que, con fundamento en las normas precedentemente invocadas, corresponde hacer lugar a la autorización judicial para la respectiva transferencia embrionaria, en la forma, modo y circunstancias que se han constatado en estos obrados.

Establecido ello, procederé a analizar el segundo punto traído a resolución esto es, la pretensión de inscribir oportunamente en el Registro de Estado Civil y capacidad de las personas, al niño/niña/s así concebido/s, como hijo/hija/hijos/hijas de los demandantes, fundándose ello en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria conforme art. 558 del código civil y comercial de la Nación; derecho a la identidad 7 y 8 Convención sobre los Derechos del Niño; no discriminación art. 2 de la referida convención; derecho a un recurso efectivo art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 75 inc. 22 Constitución Nacional, y art. 52 CCC.

En tal sentido, a los fines de prosperar lo pretendido, los actores han solicitado la declaración de inconstitucionalidad y de anticonvencionalidad del art. 562 del código civil y comercial, fundado en que la norma no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, lo que implica una barrera que tornaría inaccesible para ellos el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar. Invocan art. 52 CCC. Citan jurisprudencia de la CSJN en los casos Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Nacional s/ daños y perjuicios” 27/12/012 y “Mazzeo”, 2007. Citan fallo de la CIDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” 26/9/2006.

Por razones de lógica argumental, previo realizaré el análisis del caso en función del pedido de declaración de inconstitucionalidad y de anticonvencionalidad de la norma del art. 562 del CCC para proceder luego al tratamiento de la pretensión preventiva esgrimida, de inscripción del nacimiento. En primer lugar corresponde establecer qué se entiende por derecho a la filiación, a fin de determinar cuáles son las normas en juego aplicables al respecto en el presente caso. Advirtiéndose desde ya que, determinar la filiación de la persona o personas que pueda/n nacer como consecuencia de la realización de la técnica que a través de la presente se autoriza, reviste naturaleza anticipatoria especial, dado que a la actualidad aún no se concreta dicho nacimiento, remitiéndome a lo expuesto precedentemente sobre la necesidad de legislar. Siendo la presente, la vía procesal adecuada a los fines de lograr la tutela urgente solicitada en forma anticipada, a fin de evitar daños futuros (art. 52 y 1711 CCC).

Antes bien, debemos resaltar la diferencia del derecho a la identidad, que en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen, del derecho a la filiación, que refiere a la prerrogativa de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo, el cual puede fundarse en el

elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA) [Kemelmajer de Carlucci, A., “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odievre c/France”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 26, Buenos Aires, LexisNexis – AbeledoPerrot, 2004, 77].

Efectivamente, en los casos de TRHA, el derecho a la filiación se determina en razón del elemento volitivo – voluntad procreacional – sin considerar la concurrencia de nexo biológico (art. 558 CCC). Conforme ya estableciera precedentemente, el código civil y comercial reconoce como fuente filiatoria a la voluntad procreacional. Así dispone en la norma del artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. Y en el art. 561 establece cómo se define el vínculo en la hipótesis, a través del otorgamiento del consentimiento informado y libre, con prescindencia de quien haya aportado el material genético: “Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético”. A su turno, el art. 569 CCC dispone que, en la filiación matrimonial, c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la filiación se determina por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y el art. 575 CCC, filiación extramatrimonial, en los supuestos de TRHA, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. De tal guisa se destaca la diferencia entre verdad biológica y voluntad

procreacional como elementos que definen el vínculo filial en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA respectivamente, introduciendo cuestiones y terminologías propias de la bioética, como es el consentimiento informado. Así lo expone Krasnow, cuando explica que del texto del art. 561 CCC, surge que deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación por TRHA, al momento de emplazar en el doble vínculo a un/a niño/a como hijo/a matrimonial o extramatrimonial de una pareja casada o conviviente —de distinto o igual sexo —o emplazar con un solo vínculo cuando se tratara de una mujer sola que recurrió a material genético de tercero/s dador/res [Krasnow, Adriana N., “La filiación por Técnicas de Reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, Dialnet, Rev. Der. Priv., N°. 32, 2017]. Principio de autonomía presente en la filiación por TRHA, que se corresponde con la voluntad procreacional como elemento que determina el vínculo filial. Aclara la autora que, ello reposa en un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público, y el principio bioético de autonomía, que exige al médico el deber de informar, para que el paciente esté en condiciones de prestar un consentimiento pleno y libre. En estos casos, como el presente, el elemento biológico queda así desplazado por el elemento volitivo, que se manifiesta en el consentimiento informado, dejando de pertenecer la procreación al ámbito íntimo para trascender al ámbito público. Razones por las cuales el código civil y comercial brinda tratamiento diferenciado a una y otra fuente filial [Krasnow, A., ut. sup. Cit.].

Hasta aquí el régimen legal guarda coherencia y armonía con el caso traído a resolver. Continuando con el íter del razonamiento, se ha definido en puntos anteriores a la voluntad procreacional, citando a Gil Dominguez, como un derecho fundamental y un derecho humano que se

proyecta en toda clase de relación [Gil Dominguez, Andrés, "Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiologicidad", LLOnline]. Y desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la define como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [Gil Dominguez, A., op. cit.]. El mismo autor expone, que la voluntad procreacional siempre existió [...] que el gran cambio se produjo con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, por cuanto éstas posibilitan que la voluntad procreacional adquiriera un significado normativo y simbólico distinto, pues hay una filiación que se constituye sin relación sexual, dando además lugar a distintas formas de manifestaciones de la relación existente entre voluntad procreacional y aporte genético. Agrega que, inexorablemente la garantía del pleno ejercicio de la voluntad procreacional sin ninguna clase de discriminación deriva en la gestación por sustitución como un mecanismo de garantía efectiva [Gil Dominguez, A., "Gestación...", op. cit.].

Concretamente voluntad procreacional, como se ha dicho en doctrina, conforma la columna vertebral de la determinación filial derivada del uso de las TRHA. El elemento central, concluyente y base es la voluntad de ser madre o padre, de querer asumir ese rol y desempeñarlo, ya sea que se haya utilizado material genético proveniente de la propia pareja (homóloga) o de tercera/s persona/s (heteróloga). El vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional, con total prescindencia de a quien pertenece el material genético. "En la gestación por sustitución la "voluntad procreacional" es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el

elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades” [Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera, a; “Gestación..., op. cit.; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento”].

Sentado ello, no caben dudas que siendo la gestación por sustitución una de las técnicas de reproducción humana asistida, previstas éstas por el código civil y comercial como una de las tres fuentes filiatorias (art. 558 CCC) a todo evento, la filiación en aquella hipótesis quedará determinada inexorablemente del mismo modo, esto es, a través de la definición del vínculo volitivo, con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico.

Ahora bien, como se refiriera precedentemente, en nuestro sistema jurídico vigente se adoptó una posición abstencionista respecto de la regulación de la gestación por sustitución. De manera tal que, al no regularse la en el código civil y comercial de la Nación, de ningún modo la regla sentada en el artículo 562 pudo referirse a este tipo de técnica médicamente asistida. En otras palabras, el artículo 562 del código civil y comercial no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético. Precisamente porque en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético. Lo que sucede es que al no regularse la gestación por sustitución, el código no se apartó de la regla que la madre sigue al vientre, pues no tuvo en miras la disociación entre gestante y maternidad socioafectiva. Lo que sí hubiese sucedido ciertamente, si la regulaba. Para la fácil

comprensión de los destinatarios de este pronunciamiento, la norma del art. 562 CCC es un traje diseñado para un talle pequeño (*small*) que de ninguna manera fue confeccionado pensado en un talle extra grande. Una interpretación contraria colocaría en seria contradicción a todo el sistema jurídico en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015. Por otra parte, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar derechamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña que como consecuencia de este tipo de técnicas nazca, al obligarlo/a a mantener una filiación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado previo y fehacientemente, por dolo del verdadero vínculo filiatorio y de su derecho a la identidad subjetiva. Asimismo, constituiría una grave vulneración a los derechos de la mujer no gestante que hubiera otorgado su voluntad procreacional, en un claro trato desigualitario y discriminatorio desconociéndole los derechos que la propia ley del mismo cuerpo normativo le otorga. Como también implicaría una seria afectación al derecho a la libertad y privacidad de la mujer gestante, obligándola a ser madre cuando precisamente su voluntad es de no serlo. “Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva” [Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad...", op. cit., pág. 111]. Desde un razonamiento de pura lógica, hasta un razonamiento fundado en la interpretación armónica y coherente en diálogo de fuentes internas y convencionales en virtud de lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del código civil y comercial, se arriba a la misma conclusión: la regla del artículo 562 CCC resulta inaplicable a los casos de gestación por sustitución.

A esta altura del razonamiento cabe señalar que, en

los casos jurisprudenciales en los que se reconoció el vínculo filial a los comitentes de gestaciones por sustitución homólogas, citados ab initio, se valoró el elemento genético como fuerza argumental para así determinarlo, cuando en verdad lo concluyente es el elemento volitivo con prescindencia del dato genético. No obstante, atendiendo a los antecedentes del presente caso que también trata de una gestación por sustitución homóloga, evidencia aún lo ilógico de aplicar la regla del artículo 562 CCC al caso, cuando ya en autos se ha constatado desde el inicio, que el material genético utilizado para la fecundación in vitro del embrión que se implantará en el útero de la gestante, proviene de los propios comitentes que han otorgado su voluntad procreacional. Dicho en otras palabras, si al nacer el niño/niña/s se determinase su filiación conforme la regla que la madre sigue al vientre, se estaría obligando a los comitentes, verdaderos madre y padre según la norma del art. 558 CCC a realizar una acción impugnativa de filiación fundado en la inexistencia de vínculo biológico, lo que constituiría además de una ficción una clara hipocresía. Pues esto no es lo que la ley tuvo en miras al idear el sistema plasmado en el Libro Segundo, Título V del código civil y comercial. Reitero, todos estos inconvenientes se han generado como consecuencia de no haberse normado respecto de la gestación por sustitución. Es hora de sincerar el sistema.

Consecuentemente, conforme la norma del artículo 558 del código civil y comercial, la filiación puede tener lugar mediante técnicas de reproducción humana asistida, sin distinguir sub especie alguna de TRHA. Luego, siendo la gestación por sustitución gestacional – hipótesis de la que trata el presente caso – un tipo de TRHA, queda comprendida en la norma referida. Por ende, la filiación del niño/niña/s que como consecuencia de la realización de la TRHA que por el presente se autoriza, nazca/n, se determinará a través de la voluntad procreacional manifestada en el consentimiento previo, libre e informado,

conforme lo estipulado en el artículo 575 CCC.

En autos, los actores han manifestado su voluntad procreacional, en el acta de consentimiento libre e informado que en debida forma fue otorgado y obra en autos a fs. 2/6. A su turno, han expresado desde su más íntimo sentir, el deseo de tener un hijo o hija sustentado en el amor filial que claramente emerge de la “constitución subjetiva de la pareja”, tanto surge del escrito de demanda como de lo expresado en ocasión de audiencia ante la suscrita (fs. 63/64), y de la entrevista con la Trabajadora Social de esta sede (fs. 73/74). Por su parte, se ha constatado la falta de voluntad procreacional por parte de la gestante, en el acta de consentimiento informado que en debida forma obra a fs. 1; 20/22. Ésta ha manifestado verbalmente ante la suscrita su deseo desinteresado de ayudar mediante la gestación, a que su hermana y su marido puedan concretar el deseo de ser madre y padre. Concretamente ha manifestado tanto en forma escrita y verbal, su compromiso de gestar para otros, sin aportar material genético alguno y sin intención de asumir la maternidad.

En el paradigma actual de humanización del derecho se exige un análisis integral normativo, a la hora de tutelar derechos fundamentales como en el presente caso. El eje central en torno al cual gira la tutela en un Estado constitucional de derechos, es el principio pro homine, pilar fundamental de la misma dignidad humana [art. 29 CADH; art. 5. 1 PIDCP; art. 5 PIDESC]. En los presentes el principio pro homine se traduce además en el principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 706 inc. c) CCC), principio de interpretación normativa y de garantía jurisdiccional, que exige aplicar el mejor derecho que satisfaga integral y simultáneamente los derechos y garantías reconocidos en todo el ordenamiento jurídico [Brunetti, A. Mariel, “El Interés Superior del Niño como garantía del debido proceso”; Rev. Col. Mag.; Rosario, 2014; “El interes superior del niño y el

proceso”; Ponencia presentada en el I Congresso Internacional de Direito Processual Civil de Presidente Prudente – Sao Paulo – Rep. Fed. Brasil, mayo, 2013]. En lo que a TRHA respecta, Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (op. cit.), han sostenido que a priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.” De manera tal que en función del interés superior del niño, se debe interpretar, integrar y aplicar las normas fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de ellos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en los instrumentos, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades [O.C.17/2002, CIDH].

En tal entendimiento, bajo el prisma del interés superior del niño he analizado el presente caso, examinando las normas vigentes que regulan el derecho filiatorio, y a la luz de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al sistema normativo (art. 1 y 2 CCC) como se ha expuesto precedentemente. De tal razonamiento tengo para mí que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 562 CCC, en tanto se ha razonado que la misma no resulta aplicable al caso, habiéndola interpretado bajo una visión integradora del derecho (art. 2 CCC) procediendo a la aplicación de las normas del mismo ordenamiento jurídico que mejor satisfacen el interés superior del niño al concretar adecuadamente el derecho a la filiación, art. 1; art. 558; 560/564; 575 CCC, desplazando a aquella norma que en consecuencia, resulta incoherente respecto

del todo. Precisamente, el sistema actual habilita a no aplicar la norma infralegal confrontada con las normas constitucionales y convencionales de superior jerarquía, incorporadas a través de la disposición del artículo 1 y consiguiente artículo 2 del código civil y comercial. Ergo, no he de hacer lugar al pedido de los actores de declaración de inconstitucionalidad y de anticonvencionalidad del artículo 562 del CCC, pues lo contrario implicaría adoptar una medida excesiva, vulnerando los principios propios de la democracia constitucional y del debido proceso [cfm. Alvarado Velloso, Adolfo, "El debido proceso de la garantía constitucional", Zeus, 2003], cuando de las propias normas del mismo código surge el fundamento jurídico que da sustento a la pretensión, por ende, a la tutela del derecho. Así lo ha sostenido nuestro Tribunal Supremo, la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de "suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la "última ratio" del orden jurídico, y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez" (Fallos 311:394; 312:435, 1437, 1681; 314:407; 315:923; 322:842 y 919, entre muchos otros). Por lo que, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Juez debe tratar de otorgarle a la norma una interpretación que sea compatible con la Constitución (interpretación constructiva)." [Lloveras Nora y Salomon Marcelo; El derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional; Ed. Universidad; pp. 84]. Cabe destacar, que el valor justicia se encuentra muy por encima del valor eficacia, el que no habilita de modo alguno atentar contra los basamentos democráticos que nos estatuyen como República. Es función jurisdiccional respetar y hacer respetar los procedimientos antes que obtener los fines de cualquier modo – paradigma del Estado de Derecho – [Lorenzetti, Ricardo L.; "Teoría de la Decisión Judicial:

Fundamentos de Derecho”; 1a. ed., Sta. Fe, Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 190]. A mayor abundamiento, como bien expone Amaya, “...el control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial, “constituye la distinción que categoriza, eleva y sostiene al mismo como un auténtico poder del Estado en la trilogía de la división de los poderes, hoy fuertemente afectada en su equilibrio por el corrimiento que la reforma de 1994 produjo y la praxis política constitucional viene operando” [Amaya, Jorge Alejandro, “La congruencia interna de la sentencia y el control de constitucionalidad”; DJ04/11/2009, 3105; Véase además: "Democracia vs. Constitución Cuando los jueces vienen marchando", en nota a fallo, La Ley, 13/02/2008]. En base a ello, no se dan en la hipótesis los presupuestos que puedan hacer viable el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad.

En consecuencia, la voluntad procreacional existente y manifestada por los actores, plasmada de conformidad a lo estipulado por el art. 560 y s.s., como así también la falta de dicha voluntad procreacional en la gestante, constatado del mismo modo, establecen la fuente de la filiación (art. 558 CCC). De manera tal que, el niño/niña/niños/niñas que como consecuencia de la realización de la técnica que mediante la presente se autoriza nazca/n, será hijo/a/s de los actores, M.E. H. e I. O..

Refuerzan tal conclusión los derechos fundamentales en juego que deben ser amparados, los que de realizarse una interpretación diversa a la formulada, aplicando irrazonablemente la regla del art. 562 CCC, sin guardar coherencia y armonía con las fuentes constitucionales y convencionales, se verían seriamente dañados. Como es el derecho a la filiación y de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, derechos del niño/a que se tutelan preventivamente a través de la presente acción (art. 2, 3, 7.1, 9 y 16 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 706 inc. c),

558 y ccdts.; art. 52 y 1711 CCC). “La respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños, es que desde su nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según este haya sido o no aportado” [Lamm, Eleonora, Dictamen Subdir. de Derechos Humanos de la Dir. de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia en autos: “M.M.C. Y M.G.J. Y R.F.N. por medidas autosatisfactivas”, Juzg. de Flia. N° 2 de Mendoza, 6/9/2017].

De allí que, se hará lugar a la medida preventiva solicitada de inscripción del nacimiento del niño/niña/s que como consecuencia de la realización de la TRHA nazca/n y cuando ello ocurra (art. 558 y 575 CCC), en cumplimiento de la manda del art. 2.1; 7 y 8 CDN; art. 12 y 28 Ley Nacional No. 26061 y art. 7; 26 Ley Provincial No.12,967, conforme arts. 1 y 2 CCC.

En tutela del derecho humano fundamental a la identidad (art. 7 y 8 CDN; art. 11 Ley Nacional N° 26.061; Ley Provincial N° 12.967), se ordenará además a los actores, hacer conocer al hijo/hija/s que en consecuencia nazca/n, su realidad gestacional de origen de conformidad a las normas de protección integral de la niñez. Así lo dictaminó la Dra. Lamm, en el caso citado del Juzgado de Familia No. 2 de Mendoza, “... 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 deberán conservarse a tal efecto” [Lamm, E., Dictm..., op. cit.].

Por consiguiente, en mérito a los fundamentos fácticos

y jurídicos expuestos, y art. 67 LOPJ;

RESUELVO: 1. Autorizar la transferencia embrionaria en el útero de la gestante Sra. A. C. H., D.N.I. N° xxx, obtenido/s como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida a realizarse, de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la nombrada y los comitentes M.E. H. D.N.I. N° xxx e I. O. D.N.I. N° xxx. 2. Ordenar la inscripción del niño/niña, o de los/las niños/niñas que como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida sea/n dados a luz por A. C. H. DNI xxx, como hijo/hija o hijos/hijas de M.E. H. D.N.I. N° xxx e I. O. D.N.I. N° xxx, debiendo el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente, expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 del código civil y comercial de la Nación, librándose los oficios pertinentes. 3. Imponer a los progenitores M.E. H. e I. O., el deber de informar al hijo/hija o a los/las hijos/hijas sobre su realidad gestacional, cuando alcance/n edad y grado de madurez suficiente. 4. Rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del código civil y comercial de la Nación. 5. Diferir la regulación de honorarios hasta tanto la profesional actuante acompañe en autos la correspondiente constancia de inscripción a AFIP. Insértese y hágase saber. Notifíquese a la Defensora General en su público despacho. Dra. M.SILVIA ZAMANILLO (Secretaria). Dra. ANDREA MARIEL BRUNETTI (Jueza).