

Partes: R. L. A. y otros s/ sumaria

Tribunal: Juzgado Civil, Comercial y de Familia de Villa María

Fecha: 21-may-2020

Se autoriza la gestación por sustitución entre los F (pareja conviviente del mismo sexo) y la madre gestante, pues la ausencia de la práctica en la redacción del nuevo CCivCom. no puede interpretarse como la prohibición de realizarla.

Villa Maria, 21/05/2020.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “R., L. A. y otros – Sumaria” (Expte. N° 7889448), de los que resulta.

a) La demanda. A fs. 21/48, los señores L. A. R. y E. A. Z. (padres intencionales), junto a la señora M. V. (gestante), peticionan conjuntamente se les otorgue autorización judicial, a fin de que ésta última geste un niño con material genético de terceros, con el objeto de que la pareja convivencial asuma en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitores legales. Más concretamente, sostienen que “el procedimiento de reproducción humana asistida se realizará con ovocitos de donante anónimo y semen de uno de los padres intencionales” (Cláusula Primera del Acuerdo, fs. 16).

Por su parte, requieren que se ordene la inscripción del niño o niña en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo de L. A. R. y E. A. Z. Finalmente, peticionan que se emplace a la obra social OSPIA a los fines de que dé cobertura al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

En los hechos manifiestan que conviven desde hace tres años y siempre sintieron que se complementaban. Afirman que siempre sintieron un profundo deseo de ser papás, soñaban con esa posibilidad. Que la llegada de Jonás, su sobrino, con quien entablaron una hermosa relación, profundizó ese sentimiento, por lo que añoraron más que nunca concretar el sueño de ampliar su familia con la llegada de su hijo. Decidieron iniciar los trámites de inscripción para

adoptar. Sabiendo que por los prejuicios sociales aún existentes, al ser una pareja igualitaria no iban a tener muchas chances, decidieron intentar inscribirse como adoptantes monoparentales, pero fue tanto el desgaste y manoseo que sufrieron que claudicaron esa opción. Que Luis conoció a M., quien es actualmente secretaria administrativa de la escuela Danza Vida. M. convive con su pareja, Sergio Martín Hernan Cerutti quien trabaja en relación de dependencia para AMBAR. Que Luis y M. se hicieron amigos. Luis le contó de su sueño de ser padre y M. le dijo que le parecía una buena idea la gestación por sustitución. Que ese momento fue de una importante emoción, que envolvió nuevamente de esperanza y deseo de ser padres. Que realizaron los estudios preliminares y acudieron a una clínica a los fines de iniciar los trámites. Que cuentan con el apoyo de sus grupos familiares. Formulan el acuerdo de gestación por sustitución que acompañan a la presente. Citan doctrina y jurisprudencia. Ofrecen prueba.

b) Otorgado el trámite de ley (fs. 56), se da intervención al Ministerio Público Fiscal y Complementario. Asimismo, respecto de la pretensión de intimar a la obra social OSPIA, se declaró la incompetencia material de este tribunal.

c) A fs. 57 comparece Silvia Andrea Maldonado, Fiscal de Instrucción y Familia del Primer Turno.

d) A fs. 58 comparece Francisco Argañaraz, Asesor Letrado del Segundo Turno en representación del joven Pedro Valentín Bitti.

e) Habilitado el plazo de prueba (fs. 61), a fs. 72/73 se acompaña informe socio ambiental, a fs. 105/107 se glosa el informe interdisciplinario.

f) Se dispone el vencimiento del término probatorio (fs. 110).

g) A fs. 113, la Dra. Silvia Andrea Maldonado, Fiscal de Instrucción y Familia del Primer Turno, evacúa la vista de las presentes actuaciones.

h) A fs. 164 se acompaña informe médico del equipo forense de tribunales.

i) A fs. 165/166 Francisco Argañaraz, Asesor Letrado del Segundo Turno en representación del joven Pedro Valentín Bitti, evacúa la vista que le fuera corrida. j) Según constancia de la actuario, se certifica la celebración de la audiencia personal celebrada con fecha 18/05/2020. k) Dictado el decreto de autos para sentencia y el avocamiento de quien suscribe, queda la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

l) La petición. El cuadro fáctico del caso trata de la unión convivencial conformada por los señores L. A. R. y E. A. Z. (padres intencionales), junto a la señora M. V. (gestante), que peticionan conjuntamente se les otorgue autorización judicial, a fin de que ésta última geste un niño/a con material genético de terceros, con el objeto de que la pareja convivencial asuma, en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitores legales. Más concretamente, sostienen que “el procedimiento de reproducción humana asistida se realizará con ovocitos de donante anónimo y semen de uno de los padres intencionales” (Cláusula Primera del Acuerdo, fs. 16).

Por su parte, requieren que se ordene la inscripción del niño o niña en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como hijo de L. A. R. y E. A. Z.

En definitiva, la estrategia de los peticionantes es clara: requieren la “autorización judicial” a través de la cual buscan establecer reglas claras en orden al debido vínculo jurídico de los progenitores y a la identidad del niño/a que nacerá por gestación por sustitución (en adelante GS) en consonancia con los derechos fundamentales en juego. Es decir, persiguen obtener el reconocimiento de la calidad de progenitores legales del niño o niña a concebir a partir de la práctica médica aludida, y como contrapartida de ello, la no atribución de dicho carácter a la gestante.

Para mayor claridad, se utilizarán las expresiones gestación por sustitución o maternidad subrogada o maternidad disociada o maternidad por sustitución como sinónimos.

II) Primera cuestión: ¿se trata de la homologación de un acuerdo o de una autorización para gestar?

Los actores acompañan a fs.16/18 un acuerdo denominado de gestación por sustitución que consta de 17 cláusulas destinadas a regir la relación entre la gestante y los progenitores intencionales.

De allí que, en primer lugar, debo preguntarme si corresponde homologar el acuerdo o, derechamente, pronunciarme sobre la autorización para la práctica médica.

Para un sector jurisprudencial, el acuerdo “debe ser homologado y otorgarle fuerza de ley. Fundamentos: La homologación del acuerdo que se pretende no es otra cosa que otorgarle fuerza de ley, para las partes, a una contratación privada. En relación a lo que es motivo de contratación, y por la particularidad de los intereses en juego y partiendo de la base que todo contrato debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y, según lo que los contratantes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión , corresponde autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud que elijan ante el que deberán prestar el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CC y CN.” (Juzg. Flia 5ª Nom., de Córdoba, Al n° 243, 25/04/2019, “V. A. B. y OTROS- SOLICITA HOMOLOGACIÓN”).

En el mismo sentido se dijo que “no cualquier acuerdo en este sentido debe ser tenido por válido, ya que deben existir recaudos a los fines de preservar el interés central de todos los involucrados: los comitentes, la gestante y el niño/niña por nacer o ya nacido de este tipo de práctica. es viable homologar el acuerdo celebrado, ya que el mismo no vulnera ni el orden público y se condice con la tutela efectiva de los derechos de las partes” (Juzg. Flia 2ª Nom. de Córdoba, 22/11/2017, Auto n° 930, “R., L. S.Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”).

Sin embargo, para otra línea de pensamiento, se ha pronunciado señalando que el acuerdo no debe ser homologado, postulando que “.esto es así, toda vez que en él (el acuerdo) se tratan derechos inalienables de las personas involucradas. Así, la homologación de un acuerdo privado es requisito a los fines de dar ejecutabilidad ante el incumplimiento de alguna de las partes, pero en el caso planteado esto no puede darse, precisamente, por los intereses en juego implicados” (Juzg. CCyC de Bell Ville, “D. R. d. V. y otros – Solicitan Homologación” Expte. 6554133, 6/12/2018).

En este tren, “estas reflexiones son concluyentes pues de homologarse integralmente el convenio presentado, y producirse por caso arrepentimiento o revocación, en virtud de la ausencia de reglamentación legal de la figura, habilitaría la instancia judicial pertinente, a los fines de la ejecución forzada, lo que resulta más que improvisado en estas condiciones, ni podría válidamente anticiparse en esta etapa. el convenio tiene valor en punto al consentimiento allí contenido y la virtualidad de la voluntad procreacional como una de las fuentes de filiación” (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”).

Comparto el sentido de lo expresado en las últimas decisiones citadas (improcedencia de la homologación), ya que la homologación traería aparejada la ejecución forzada del convenio en caso de incumplimiento lo que no resulta viable en la pretensión ventilada en atención de los derechos en juego, derechos inalienables de las personas, cuyo ejercicio no pueden ser limitados ni tampoco coercitivamente compelidos a realizar. Más bien, concibo el acuerdo presentado a fs. 16/18 como canal a través del cual se exterioriza la manifestación de voluntad expresada libremente en un contexto favorable a la práctica médica detallada, pero sus cláusulas no resultan técnicamente ejecutables en caso de incumplimiento voluntario. Los aspectos relevantes serán analizados a lo largo de este pronunciamiento con el alcance que corresponda según el caso.

De allí que no se trata de una homologación judicial, sino, lisa y llanamente, sobre la autorización judicial para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución ante la laguna legal

existente en la materia y la expresa voluntad de las partes de llevar adelante la gestación en las condiciones convenidas.

III) Las técnicas de reproducción humana asistida. La gestación por sustitución. El régimen jurídico de la filiación que tiene origen en las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) ha merecido la atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica” del 28/11/2012 (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) c. Costa Rica”, L.L. 28/12/2012 , 8 L.L. 2013-A , 160 DFyP marzo/2013, 179, LL 04/04/2013, AR/JUR/68284/2012). En aquella oportunidad sostuve que “la sentencia pone de manifiesto la necesidad de repensar y reinterpretar algunos conceptos jurídicos (vg. concepción, persona) a la luz de los nuevos avances de la ciencia y la tecnología. Fenómenos como la fertilización asistida en general y la fecundación in vitro en particular ponen en crisis la idea de que el derecho puede construir y sostener conceptos inmutables que puedan mantenerse al margen de la evolución científica” (ARGAÑARAZ, Mariangel; MONJO, Sebastián; La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/2012, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Directores: María J. Méndez Costa; Carlos H. Vidal Taquini; Marcos M.Córdoba; Graciela Medina; Néstor Solari, 2013 (marzo), La Ley, Año V, N° 2, Marzo 2013, pp 223 – 237). Igualmente, en la supervisión de cumplimiento del caso mencionado “Artavia Murillo” del 26 de febrero de 2016 la CIDH manifiesta que al mantener la prohibición de practicar la FIV en Costa Rica “el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales perpetuando una situación de violación a los derechos de la vida privada y familiar que podría generar graves e irreversibles consecuencias en aquellas personas que requieren acceder a esta técnica de reproducción”.

Teniendo en cuenta la importancia de las TRHA, en Argentina, el CCyC las incorporó en el art. 558 y 560 y ss. Por su parte, la ley 26862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” tiene por objeto “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-

asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1). Se observa que el derecho argentino hizo eco de los principios internacionales de derechos humanos introducidos a nivel constitucional – convencional.

En doctrina, las técnicas de reproducción humana asistida han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma- conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual de un hombre y una mujer (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación. LL del 8/8/2011, p.1.).

Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homóloga). Pero, cuando el material genético (autores genéticos), a través de otro método -fecundación in vitro- es implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) la técnica que se utiliza es la denominada “gestación por sustitución” (cfr. Juz. Nac. 1ra. Inst. Civ. N°. 86, “N. N. s/ inscripción de nacimiento”, 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552).

En definitiva, las TRHA involucran una disociación del elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo en distintas personas, siendo este último el decisivo en la determinación de la filiación (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”). Se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente genética (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 su regulación legal, Revista de derecho de Familia n° 50. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio 2011, pp. 107,108).

Por su parte, la ley especial que las regula define estas prácticas como todos aquellos procedimientos y técnicas realizadas 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. También establece que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 20, Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida) En este marco, es dable inferir que la GS es una TRHA de alta complejidad: la formación del cigoto se produce en una probeta, es decir fuera del seno materno. Como tal, entonces, necesita de un laboratorio altamente especializado, en el cual se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio, es decir en forma extrauterina (GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, cometario al artículo 558 del CCyC, en: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo II, arts. 401 a 723. Directores: Rivera, Julio César y Medina, Graciela, La Ley, 2015, p. 338). O dicho de otro modo, la GS ingresa como especie del género de las THRA, así pues, en líneas generales es posible definirla como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra o con una pareja (denominada comitente), gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos.

A su vez, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante que puede ser conocido o como es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial) y la gestacional (la concepción tiene lugar a partir del óvulo diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente, pero si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada o bien una donante anónima). Dado que la maternidad subrogada gestacional disocia la maternidad genética y

gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada: fecundación “in vitro”, seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes (VELA SÁNCHEZ, A. J., Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler, LL nro. 7608, sección “Doctrina”, del 11 de abril de 2011, pp. 1-2).

En el caso concreto se trata de una GS gestacional.

III.1. El marco normativo. Análisis de la recepción normativa de la GS. a) El Anteproyecto. El Anteproyecto elaborado por la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, la gestación por sustitución se encontraba regulada en el Libro Segundo (“Relaciones de familia”), Título V (“Filiación”), Capítulo 2 (“Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), art. 562. Así se permitía la GS previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. La filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. Se disponía que el juez debía homologar sólo si además de los requisitos que preveía la ley especial, se acreditaba que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de GS más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. La justificación de tales exigencias prescriptas en el apartado art.562 proyectado radicaba, según palabras de los redactores, en que “contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa” (Proyecto de Código Civil y Comercial, Zavalía, Buenos Aires, 2012, p. 662). En definitiva, el Anteproyecto elaborado por la Comisión

Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la GS, disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”). b) Los fundamentos del CCyC. La discusión parlamentaria cercenó dicha posibilidad, poniéndose el acento -durante el debate en el dictamen de la Comisión Bicameral- que la maternidad por sustitución “. encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que amerita 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”. c) La GS en el derecho internacional y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el derecho internacional la GS obtuvo posicionamiento favorable en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en especial “Mennesson c. France” (n.º 65192/11) y caso “Labassee c. France” (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma.

Con posterioridad, el TEDH volvió al abordaje de la GS en el caso “Paradiso y Campanelli c/ Italia” del 27 de enero de 2015 (Sec.2), con decisión posterior de la Gran Sala del 24 de enero de 2017 (Paradiso II). Cabe señalar que en “Paradiso” no existía correspondencia genética entre el menor y los comitentes; en segundo lugar, como ya advirtió la Gran Sala, el asunto no tenía por objeto el registro, en Italia, del certificado de nacimiento expedido en Rusia ni el reconocimiento de la filiación resultante, sino la declaración de desamparo del menor por parte de las autoridades italianas. La Gran Sala dicta una sentencia con efectos disuasorios claros para los ciudadanos de los estados miembros que, como Italia, no permiten la gestación por sustitución. La Gran Sala, en sentencia de 24 de enero de 2017, estimó el recurso al considerar, por once votos contra seis, que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH. Aunque a

diferencia de la Sec. 2ª, entendió que la vida familiar de los comitentes no había sido violada, la misma sí tuvo en cuenta “el impacto que la separación inmediata e irreversible respecto del menor” podía haber causado en su vida privada. Pese a ello, concluyó que “Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de que acabaran convirtiéndose en sus padres adoptivos, hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano (FARNÓS-AMORÓS, Esther., La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia, Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas, Vol. 36, 2016, pp. 93-111: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15381/18579>)

Asimismo, no son pocos los países que prohibían la maternidad subrogada, entre los que podemos mencionar Reino Unido e Irlanda del Norte, Suecia, Francia, Australia, Alemania, Suiza, Italia, España, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Portugal, China, Egipto, Turquía, Japón, entre otros (KRASNOW, Adriana N., La filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en: Tratado de Derecho de Familia, Directora: Adriana Krasnow, La Ley, Bs.As., 2015, T III, p. 67), más allá de que la tendencia es hacia la flexibilización de esas regulaciones. d) El vacío legal. La postura abstencionista del CCyC. Como señalé anteriormente, la GS no encuentra andamiaje en el CCyC, razón por la cual es preciso indagar acerca de si ello significa que se encuentra prohibido o si, por el contrario, es posible recurrir a esta práctica. Se entiende que la supresión y carencia de norma prohibitiva implican que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal lo que sucedía antes de la sanción del CCyC (LAMM, Eleonora; RODRÍGUEZ ITURBURU, M., Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en: Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. V-A, p. 757).

En contra, Úrsula Basset recuerda el precedente norteamericano “Johnson v. Calvert”, donde se hizo hincapié en que “una persona embarazada que tiene la intención de traer al mundo un niño es más que un mero contenedor o animal que nutre, es un agente consciente de la creación de ese niño, no menos que la madre genética, y su

humanidad está implicada a un nivel profundo”. Esta misma autora pone énfasis en que para la madre gestante hay una alteración orgánica, psicológica y espiritual derivada del vínculo que se engendra con el niño en gestación (BASSET, Úrsula C.; Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parte, ¿es contrario a los derechos humanos?; LL 02/05/2016, AR/DOC/1311/2016). De esta manera, se entiende que el hecho de haberse eliminado del Anteproyecto la disposición que admitía la maternidad subrogada, bien puede ser considerado en el sentido de no encontrarse permitida (SAMBRIZZI, E. A.; La maternidad subrogada y la declaración de inconstitucionalidad del art.562 CCyC, AR/DOC/1135/2016).

A mi entender, el silencio legal otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para otorgar la autorización para la GS o no. En otras palabras, la laguna normativa me coloca en la obligación de resolver este caso atendiendo los derechos involucrados. En esta tarea, el norte son los derechos humanos involucrados y que pueden verse vulnerados ante la falta de respuesta normativa. d.1. Un sistema normativo es un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas. La ausencia de una norma dentro del sistema normativo que regule el caso se llama laguna normativa (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Bs. As., 2006, p. 53). En los casos de lagunas normativas, el juez crea – o interpreta – una norma que no existía en el sistema normativo para resolver el caso con base en una interpretación no literal de otra formulación normativa que sí pertenecía al sistema normativo. Denominamos interpretación correctora a toda la que no es literal y asumimos que la interpretación de un texto normativo es literal cuando que se adecua al uso común de las palabras y de las reglas gramaticales en una determinada comunidad (MORESO MATEOS, José Juan; VILAJOSANA, Josep María, Introducción a la teoría del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 163). Asimismo, entendemos que una interpretación es extensiva cuando amplía el significado literal de una formulación normativa, incluyendo en su campo de aplicación supuestos que la interpretación literal rechazaría, es decir, ampliando la denotación usual de las palabras (MORESO MATEOS, José Juan; VILAJOSANA, Josep María, Introducción a la teoría del derecho,

Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 166). Asimismo, esta tarea creativa del juez es posible gracias a la aplicación de ciertos argumentos que justifican interpretaciones creativas, es decir, no literales. Entre estos argumentos se destacan el analógico, el a fortiori y una versión del argumento a sensu contrario. De esta manera, dependiendo del argumento que utilice el juez para llenar la laguna normativa, la resolución del caso puede ser una o la opuesta. Así, en los casos en que los argumentos analógicos o a fortiori permiten aceptar una determinada interpretación extensiva, el argumento a contrario sensu puede emplearse para rechazar esa misma interpretación (ARGAÑARAZ, Mariangel; MONJO, Sebastián, La aplicación del argumento a contrario o del argumento analógico en las sentencias del STJ de Córdoba y de Jujuy, LLC 2012 (mayo), p. 349).

El argumento analógico pretende que, de la premisa que atribuye una determinada consecuencia normativa a una clase determinada de sujetos F' , se puede pasar a una conclusión que atribuye la misma consecuencia normativa a otra clase de sujetos F'' , que es similar a F' , en algún sentido considerado relevante (MORESO I MATEOS, Josep Joan, Lógica, argumentación e interpretación en el derecho, OUC, Barcelona, 2012, p. 146) y asumiendo que a pesar de tratarse de un argumento lógicamente inválido en tanto la verdad de sus premisas no garantizan la verdad de su conclusión (MORESO I MATEOS, Josep Joan, Lógica, argumentación e interpretación en el derecho, OUC, Barcelona, 2012, pp. 13 y 44), es un argumento aceptado en la comunidad de los juristas.

Desde otro costado, cuando hablamos de argumento a contrario, nos referimos siempre a la tercera versión del mismo, es decir, aquella en virtud de la cual, “del hecho de que una norma atribuya una determinada consecuencia normativa a una determinada clase de sujetos, debe entenderse que sólo a esta clase de sujetos y no a otros debe aplicarse aquella consecuencia normativa” (MORESO I MATEOS, José Juan; VILAJOSANA, Josep María, Introducción a la teoría del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.164 y ss). Ello en virtud de que es la versión del argumento a contrario sensu que permite llenar lagunas normativas.

En definitiva, una laguna legal siempre puede resolverse -en el plano de la lógica jurídica- con dos argumentos opuestos, que conducen uno a denegar llenar el vacío legal con una norma análoga - argumento a contrario- y el otro a llenar ese vacío con una norma del ordenamiento jurídico cuyo enunciado normativo o plataforma fáctica es similar a la que presenta una laguna -argumento analógico -. Son dos formas de resolver una laguna legal, pero que conducen a resultados opuestos, de manera que sólo se puede optar por uno de esos argumentos.

A modo de ejercicio: i) Si aplicamos el argumento a contrario sensu, es posible afirmar que, atento la falta de recepción expresa de la GS, ésta se encuentra prohibida por el sistema normativo. Máxime cuando la exclusión fue intencional por parte del legislador ya que suprimió la recepción que detentaba la misma en el anteproyecto. La construcción del argumento a contrario puede realizarse de la siguiente manera: a) el art. 562 CCyC que regula la voluntad procreacional, dispone que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento; b) luego, si la maternidad queda atribuida y determinada por el parto, no es admisible la disociación gestante y maternidad, ergo, sólo puede gestar quien luego será emplazada como madre; c) asimismo, la voluntad procreacional queda limitada al hombre o la mujer que presta su consentimiento y “acompaña” en el emplazamiento filial a la madre gestante; d) de allí que el legislador quiso excluir a la GS como modalidad de TRHA ya que la voluntad procreacional regulada excluye esa técnica puesto que determina que el niño/a es hijo/a de quien dio a luz. En definitiva, en base al argumento a contrario, en virtud de que la gestante en la GS no pretende ser emplazada como madre, no puede aplicársele la consecuencia jurídica prevista para voluntad procreacional del art. 562 CCyC. Ello conduciría al rechazo de la demanda. ii) Desde otro costado, el argumento analógico parte de interpretar de manera extensiva y correctora el sistema que campea las TRHA, teniendo en cuenta que las TRHA es una fuente de filiación (art. 558 CCyC), la voluntad procreacional como elemento fundante para la determinación de la filiación, la ley nº 26.862 y el art. 2634 del CCyC. Es decir, el acceso a las TRHA sin discriminación y el reconocimiento en el derecho argentino (art. 2634 CCyC) de la GS realizada en el

extranjero. Paso a construir el argumento analógico: a) la GS no tiene regulación expresa, esto es, no hay solución normativa para la GS realizada en el territorio argentino por parejas de igual o distinto sexo; b) la GS es una TRHA de alta complejidad; c) el art. 2634 CCyC dispone que “todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República”. Teniendo en cuenta que la GS es una TRHA, podemos decir que el art. 2634 CCyC contempla la hipótesis de GS realizada en el extranjero, por parejas de igual o distinto sexo y el reconocimiento de esa figura en el derecho argentino. O, más precisamente, la GS llevada a cabo en el extranjero tiene solución normativa (art. 2634 CCyC); d) de allí que la única diferencia radica en el lugar de realización de la GS (no contemplada en el territorio argentino y sí en el extranjero); e) ambas hipótesis (GS en Argentina y GS en el extranjero) guardan una similitud relevante e identidad de razón. La similitud relevante es que se trata de una GS que es una TRHA, realizada por pareja de igual o distinto sexo. La identidad de razón para admitir la GS en Argentina consiste en evitar la inseguridad jurídica de esta técnica en el país y la desigualdad que se genera respecto de aquellos que no pueden afrontar el tratamiento en el extranjero.

En síntesis, la estructura del argumento analógico aplicada al caso analizado es la siguiente:

PREMISA 1: GS en Argentina (laguna normativa) PREMISA 2: GS en el extranjero tiene reconocimiento en el Derecho Argentino.

PREMISA 3: la GS es una TRHA realizada por una pareja de igual o distinto sexo.

CONCLUSIÓN: Por analogía, se atribuye a la GS realizada en Argentina el reconocimiento que tiene prevista para aquella efectuada en el extranjero.

En virtud de ello, adoptando el argumento analógico, la demanda debiera ser admitida.

No puedo dejar de señalar que uno de los criterios para “elegir” un argumento por sobre el otro es el de la razonabilidad. Ante la falta de

norma expresa, hay que pensar si es más razonable denegar que estos pretensos padres concreten su anhelo o si es más razonable rechazarles esa petición. Nuevamente, el norte del análisis de razonabilidad debe orientarse desde los derechos humanos con raigambre constitucional y convencional involucrados.

Por ello, no me caben dudas que el argumento analógico se impone en la resolución del presente caso. d.2. De esta manera, me alinee a la posición que refiere que el marco legal actual nos lleva a que “la autonomía de la voluntad tenga un ámbito de acción muy amplio en esta práctica” (DE LORENZI, M. A., Gestación por sustitución: cuando la realidad supera la ilegalidad, AP/DOC/179/2017). No puedo dejar de señalar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 6 de Familia (Identidad y Filiación) por unanimidad se afirmó que “aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la GS está permitida”. Es la tesis que parte del argumento analógico y del art.19 CN.

En esta postura cabe citar el precedente de este mismo Juzgado de Segunda Nominación a cargo del Dr. Fernando Flores, quien señala que “esta carencia de legislación no debe interpretarse como la existencia de una “prohibición” efectiva sobre la práctica ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de “prohibidas” o “ilegales” las circunstancias no receptadas expresamente por aquel. Creo que adoptar esta postura llevaría al imposible de pensar en la necesidad de un ordenamiento normativo capaz de tipificar expresamente todas las circunstancias de hecho posibles, dado que si algo no estuviese regulado no sería legal. Por lo tanto, insisto, la materia es judicial” (Juz. Civ. Com y de Familia de 2ª Nominación, Villa María, Sent. N° 47, 08/06/2018, “R., R. A. Y OTROS – AUTORIZACIONES” -EXPTE. N° 2908074-).

La jurisprudencia entendió que “es cierto que pese a existir la regulación en el anteproyecto de Código Civil y Comercial esta técnica no fue aprobada, pero esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia la grieta

que dejó permite filtrar e integrar la laguna con una interpretación favorable a su acogimiento” (Juzg. Flia de 4ª Nom., “A., P. A. y otro – Medidas urgentes”, Acta n.º 98, 21/5/2018). d.3. Como argumento de refuerzo de esta posición, en el art. 2634 del CCyC (disposiciones de derecho internacional privado), se incluye a la filiación otorgada en el extranjero mediante empleo de TRHA, lo que contempla la GS. d.4. Asimismo, la GS es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en Argentina. No habilitar la GS obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero (el llamado “turismo reproductivo”) y luego obtener el reconocimiento por la vía del art.2634 CCyC, lo que no luce contemplativo de los derechos de aquellos que no cuentan con los recursos económicos para proceder de esa manera. Así, negar la validez de esta práctica médica en el territorio argentino convertiría a la GS en una “técnica de elite”, a la que sólo pueden acceder los privilegiados que puedan sufragar el costo en el extranjero. Ello podría constituir una discriminación en razón de la capacidad adquisitiva de las parejas, que es inadmisibles a la luz del principio de igualdad y no discriminación. d.5. Sin perjuicio de que entiendo que debe regularse la GS a través de una norma, frente al vacío legal, la admisión de la misma se impone, puesto que: d.5.1. por un lado, ningún estudio científico relativo a la GS ha demostrado que este modo de gestar supone un daño para el niño o niña, ni siquiera potencial (LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, Comentario al art. 562, en: Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. II, p. 526); d.5.2. por otro costado, desde el mismo momento de la concepción y del nacimiento el niño/a se encuentra con una familia que lo quiere.

En suma, el contexto legal me lleva a desentrañar los derechos involucrados para determinar la procedencia o no de la GS en el caso concreto.

III.2. Los derechos involucrados. Seguidamente paso revista a los principales derechos involucrados (sigo el abordaje realizado por Juzg. Flia 5ª Nom., de Córdoba, Al nº 243, 25/04/2019, “V. A. B. y OTROS- SOLICITA HOMOLOGACIÓN”).

III.2.1. Derecho a procrear -voluntad procreacional. Derecho a la salud sexual y reproductiva. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En este sentido se incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre. La doctrina se pronuncia al respecto diciendo: “en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio. Asimismo, siguiendo el enfoque interdisciplinario, insoslayable en las decisiones a adoptar en el fuero de familia, afirma que “desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (GIL DOMÍNGUEZ, La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, Bs. As., 2014, p. 13).

En tal sentido se ha dicho: “Como se puede observar, fundar una familia procreando o no depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quien y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener” (FAMA, María Victoria, La infertilidad y el acceso a la técnicas de reproducción asistida como derecho humano. LA LEY 18/06/2009, 3. Cita on line:AR/DOC/2225/2009).

III.2.2. Derecho a gozar los beneficios del progreso científico. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Por el art. 15 del llamado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los 160 países firmantes -incluido Argentina-, “reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”; por los que los estados partes asumieron el compromiso de tomar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia” y se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica. En igual sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su tercer informe “A/HRC/20/26”, insta a todos los estados partes a garantizar: 1) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, 2) la oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, 3) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y 4) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología. El Comité de Derechos Humanos expresa que la posibilidad de procrear es parte del derecho de fundar una familia, estableciendo además que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho .

III.2.3. Derecho a acceder a las TRHA. La ley nº 26.862 (Reproducción Médicamente Asistida – Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida) tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1). 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 (art. 2). 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 nº 26.529 (ley sobre los 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 (art. 7). En este sentido, los derechos humanos a los que esta ley intenta dotar de virtualidad y eficacia son lo que consagró la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”: derecho 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” (Exp. Nº LZ-62420-2015 H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC) (419) LOMAS DE ZAMORA, 30/12/15).

III.2.4. La orientación sexual de los progenitores intencionales. Asimismo, la orientación sexual de los peticionantes de ninguna manera puede cercenar los derechos mencionados anteriormente. Esto es, limitar la GS por la orientación sexual resulta a todas luces discriminatorio de los derechos fundamentales. a) La orientación sexual en el ámbito del derecho europeo. Hace ya un tiempo analicé la orientación sexual de los adoptantes a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ARGAÑARAZ, Mariangel, MONJO, Sebastián, La orientación sexual de los Adoptantes en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, 2013). a.1. El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) textualmente establece: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la

salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Este artículo, abordando el derecho de familia en el ámbito europeo, reconoce el derecho al respeto de la vida privada (STEDH, “V.C.contra Eslovaquia”, sentencia de 8 noviembre 2011) y familiar y lo protege de las injerencias arbitrarias por parte de los Estados Parte en el CEDH (en adelante, EP), comprendiendo, según el TEDH, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes (STEDH, “Niemiets contra Alemania”, de 16 diciembre de 1992), el derecho al “desarrollo personal” (STEDH, “Bensaïd contra Reino Unido”, de 06 de febrero de 2001), el derecho a la autodeterminación (STEDH, “Pretty contra Reino Unido”, de 29 de abril de 2002), abarca también elementos como el nombre (STEDH, “Burghartz contra Suiza”, de 22 febrero de 1994), la identificación, la orientación y la vida sexual (STEDH, “Dudgeon contra Reino Unido” de 22 octubre 1981; “Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido” de 19 febrero 1997), así como el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo (STEDH, “Evans contra Reino Unido”, de 07 de marzo de 2006). a.2. El art. 14 del CEDH intitulado “Prohibición de discriminación” prescribe que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El TEDH ha interpretado que el art. 14 del CEDH completa las demás cláusulas materiales del Convenio y sus Protocolos, y carece de existencia independiente puesto que es válido únicamente para el “gocce de los derechos y libertades” que éstas garantizan (STEDH, “Sahin contra Alemania”, PROV 2003, 162884, núm. 30943/1996, ap. 85, TEDH 2003-VIII).

Por otra parte, en jurisprudencia reiterada el TEDH destaca que la diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable (STEDH, “Kozak contra Polonia”, de 2 marzo de 2010; “J.M.contra Reino Unido”, de 28 de septiembre de 2010; “Konstantin Markin contra Rusia”, de 7 octubre de 2010), es decir, si

no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido (STEDH, “Karlheinz Schmidt contra Alemania”, de 18 julio 1994; “Petrovic contra Austria”, de 27 de marzo de 1998 y “Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal”, de 21 de diciembre de 1999.). Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de valoración para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican las distinciones de trato (STEDH, “Burden contra Reino Unido”, de 29 abril de 2008), incluidas las distinciones de trato jurídico (STEDH, “Marckx contra Bélgica” de 13 junio 1979).

Resalta el TEDH que cuando se trata de la orientación sexual (“Rees contra Reino Unido”, de 17 de octubre de 1986; “Cossey contra Reino Unido”, de 27 de septiembre de 1990; “Norbert B. contra Francia”, de 25 de marzo de 1992), son necesarios motivos especialmente serios y convincentes (STEDH, “SL contra Austria”, de 16 de septiembre de 1996; “Smith y Grady contra Reino Unido” de 27 de septiembre de 1999; “Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido”, de 27 septiembre 1999; “Karner contra Austria”, 24 julio de 2003), o razones de especial peso (STEDH, “Schalk and Kopf contra Austria”, 24 junio de 2010), para justificar una diferencia de trato (STEDH, “P.B.and J.S. contra Austria”, 22 julio de 2010) en lo que respecta a los derechos protegidos por el artículo 8. Por ejemplo, en el caso “Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal”, de 21 de diciembre de 1999, el Tribunal declaró, por unanimidad, que hubo violación del art. 8 en relación con el art. 14 del Convenio por cuanto la homosexualidad no puede pesar determinadamente en la decisión de los tribunales a la luz del Convenio, es decir, que no puede tolerarse que la distinción de trato en las relaciones familiares radique únicamente en la orientación sexual de las personas.

Resultan relevantes las siguientes sentencias del TEDH:a) “Fretté contra Francia”, de 26 de febrero de 2002; b) (Gran Sala), “E. B. contra Francia”, de 22 de enero de 2008; c) “Gas et Dubois contra Francia”, de 15 de marzo de 2012.

En los lineamientos del TEDH, el principio de igualdad y de no discriminación por orientación sexual en relación a los adoptantes exige que, frente a idénticas situaciones fácticas (adopción por

personas solteras, adopción por matrimonios, adopción por parejas de hecho), debe dispensársele igual trato a las personas homosexuales y heterosexuales. En caso contrario, es decir, cuando la orientación sexual constituya la causa de la denegación de la adopción, tal diferencia de trato es injustificada y por tanto discriminatoria. b) La orientación sexual en la CIDH. En la sentencia del caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, de fecha 24.02.2012 la CIDH estableció rotundamente que el interés superior del niño no se vulnera por el sólo hecho de que los hijos menores de edad convivan con su madre y la pareja del mismo sexo de ésta y que, por el contrario, es discriminatorio para los niños, niñas y adolescentes, considerar que carecen de familia cuando su centro de vida está conformado de esa manera.

Respecto al concepto de familia, la CIDH contempló que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar y asimismo señaló que “la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria” y consideró que “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”.

De la lectura del caso surge que la ponderación de los derechos de la madre homosexual con los derechos de las hijas menores de edad y el contenido que debía asignarse al interés superior de las tres niñas involucradas, así como las distintas concepciones de la familia, fueron motivo de divisiones dentro de la propia CIDH así como de los tribunales chilenos. Sin embargo, ello no fue óbice para que la CIDH se pronunciara, por mayoría, tanto en el sentido de que el concepto del interés superior del niño no puede ser considerado, per se, para separar a uno de los padres con orientación sexual minoritaria de sus hijos menores de edad, cuanto en el sentido que los derechos del niño no entran en conflicto con los de su padre o madre homosexual por la sola condición sexual de éste o ésta (ARGAÑARAZ, Mariangel; MONJO, Sebastián, Derechos de la Niñez y Derechos Humanos, en:

Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino, Directora: Silvia B. Palacio de Caeiro; Coordinadora: María Victoria Caeiro Palacio, La Ley, Bs. As., 2015, T. II, p. 1201).

Por otra parte, en el caso “Forneron e hija Vs. Argentina” la CIDH avanzó, además, en el sentido de que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños y asimismo que la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas. Adicionalmente, consideró que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.

En suma, los casos analizados permiten avizorar que los derechos de los niños vinculados a las relaciones familiares son ponderados con miradas mayoritariamente pluralistas en el seno de la CIDH en punto a las diferentes formas familiares.c) En el derecho argentino me parece relevante lo sostenido por Lamm y Herrera en cuanto sostienen que las TRHA están ofreciendo esperanza a las parejas homosexuales que desean concebir un hijo. Así, por razones biológicas, tratándose de una pareja del mismo sexo conformada por dos hombres, necesariamente se debe recurrir a la gestación por sustitución (LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, Comentario al art. 562, en: Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. II, p. 502). d) Finalmente, la posibilidad de acceder a las TRHA por parejas del mismo sexo está expresamente contemplada por la ley 26.862 y en su decreto reglamentario 956/2013.

En esta línea se expresa que “no puede afirmarse razonablemente que el Código Civil y Comercial prohíbe a las parejas convivenciales o matrimoniales conformadas por varones tener hijos biológicos porque la ciencia les permite superar sus propios implantes biológicos mediante una sustitución de la gestación. Este tipo de técnica de reproducción humana asistida no se encuentra prohibida. De hecho, se práctica libremente en nuestro país y constitucionalmente todo lo

que no está prohibido está permitido (art. 19 de la CN). La admisión de esta forma familiar lleva en sí mismo el reconocimiento del derecho a tener hijos mediante cualquiera de las filiaciones admitidas. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial no resulta necesaria, puesto que dicha normativa admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio” (Juzg. Flia de 4ª Nom., “A., P. A. y otro – Medidas urgentes”, Acta n.º 98, 21/5/2018).

III.2.5. La unión convivencial y la GS. Por su parte, la circunstancia de que los progenitores intencionales hayan conformado una unión convivencial tampoco puede ser obstáculo para obtener el acceso a las TRHA. La protección constitucional de las uniones convivenciales deriva de la concepción de los Derechos Humanos que incorporan los Tratados al derecho argentino de forma explícita y operativa, que incluye el derecho al proyecto de vida autorreferencial, e implica la posibilidad de que los individuos, en uso de la autonomía de la voluntad, elijan libremente su forma de vida, sin que el matrimonio sea la única alternativa legal con la que cuentan las personas (arg. Art. 509 y ss CCyC). Esto significa, que las uniones convivenciales forman parte del abanico familiar que puede escoger un individuo a la hora de proyectar su existencia, ya que la persona, si bien tiene derecho a casarse, también ostenta “derecho a no casarse”.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial reafirma el marco regulatorio de la conformación homoafectiva de familia en su modalidad matrimonial o convivencial, en los Fundamentos que acompañaron el proyecto sus autores expresan “La familia en un contexto multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario (arts.403 y ss) y las uniones convivenciales (art.506 y ss) ., se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legislador .Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.

En definitiva, se permite acceder a las TRHA tanto a parejas casadas o no casadas, de igual o distinto sexo, y personas solas.

IV) El caso de autos. Habiendo pasado revista a los derechos en juego y a la posibilidad legal de recurrir a la GS en el territorio argentino, es preciso analizar las partes involucradas y, en especial, la voluntad procreacional así como el consentimiento de la gestante. Es decir: a) con respecto a los comitentes, debe verificarse que exista en ellos la voluntad procreacional en los términos del art. 562 del CCyCN, entendida como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas” (Cfr: GIL DOMÍNGUEZ, A., La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12); b) Por otro lado, que la voluntad de la gestante no se encuentre viciada, que tenga una verdadera noción de la acción que está emprendiendo, que tenga condiciones de salud física y psíquica que le permita llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer y que no aporte el material genético, para así evitar que además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica (Juzg. Flia 5ª Nom., de Córdoba, Al n° 243, 25/04/2019, “V. A. B. y OTROS- SOLICITA HOMOLOGACIÓN”).

IV.1. Los involucrados y su entorno familiar. Corresponde analizar el grupo familiar conformado por los Sres. L. A. R. y E. A. Z., así como la gestante y su entorno familiar. a) El Sr. L. A. R., DNI 31.403.640. Del informe obrante a fs. 72/73 surge que la red familiar de Luis está conformada por su madre, abuela y un hermano, los cuales residen en la Localidad de Oliva.

Por su parte, del informe interdisciplinario de fs. 105/107 con intervención de la Psiquiatra Ana Carolina Folledo y la Psicóloga Adriana Madrid, se concluye que el Sr. R. presenta un adecuado criterio de realidad en donde no se advierten fallas en torno al control de los impulsos. Postulan que con respecto a los motivos de la presente evaluación se infiere durante las entrevistas que presenta juicio de realidad conservado, siendo consciente de las implicancias de sus actos, en donde se advierte capacidad para comprender las consecuencias responsabilidad e implicancias legales, focalizando sus recursos en la construcción de un proyecto futuro, del que forma

parte la iniciativa de gestación por sustitución o la adopción (fs. 106 vta/107). b) El Sr. E. A. Z. Del informe obrante a fs. 72/73 surge que E. es oriundo de esta ciudad y su red familiar se encuentra constituida por sus padres, una hermana, cuñado y un sobrino.

Por su parte, del informe interdisciplinario de fs. 105/107 con intervención de la Psiquiatra Ana Carolina Folledo y la Psicóloga Adriana Madrid, se concluye que el Sr. Z. presenta un adecuado criterio de realidad en donde no se advierten fallas en torno al control de los impulsos. Postulan que con respecto a los motivos de la presente evaluación se infiere durante las entrevistas que presenta juicio de realidad conservado, siendo consciente de las implicancias de sus actos (fs. 107). c) La familia conformada por los Sres. R. y Z.: la unión convivencial. De los informes obrantes a fs. 72/73 surge que ambos conforman una unión convivencial, gozan de buena salud, obra social e ingresos de diversas actividades.

La Lic. María Laura Albín concluye que los Sres. R. y Z. se encuentran insertos en el mercado formal de empleo, habiendo constituido una relación de pareja estable, con red familiar de contención y acompañamiento (fs. 73 vta.). Afirma que se infiere una relación de pareja estable con claridad acerca de las implicancias de llevar adelante el presente proceso.

En la misma línea, el certificado expedido por la Lic. Luciana Szrank afirma que “el Sr. L. A. R. y E. A. Z. se encuentran aptos psicológicamente para llevar adelante un tratamiento de reproducción asistida de gestación por sustitución” (fs. 14). d) La Sra. M.V.: la mujer gestante y su entorno familiar. La Sra. M. V. convive con su pareja Sr. Martín Cerutti y su hijo Pedro Bitti de 16 años. Su red familiar se constituye por sus padres y hermanos. Refiere conocer a los Sres. R. – Z., manteniendo una relación fluida con ambos desde hace dos años. Con respecto a su relación de pareja y el hecho de no tener hijos en común indico que desde el momento que comenzó la convivencia con el Sr. Cerutti (no tiene hijos), habrían acordado no tenerlos, porque no estaría dispuesta a llevar adelante la crianza del mismo. Consultada sobre posible riesgo o temores que pudieran surgir del desarrollo del embarazo, no es una situación que le

preocupe, tiene claridad que el niño/niña por nacer sería hijo de la pareja R.-Z. (fs. 73).

Por su parte, del informe interdisciplinario de fs. 105/107 con intervención de la Psiquiatra Ana Carolina Folledo y la Psicóloga Adriana Madrid, se concluye que con respecto a la toma de decisión, se infiere que la Sra. V. presenta un criterio de realidad preservado, siendo consciente de las implicancias y consecuencias de sus actos. Con respecto al ofrecimiento de gestación por sustitución se advierte informada de manera adecuada para tal decisión (fs. 107 y vta).

En este sentido, el certificado expedido por la Lic. Luciana Szrank afirma que “la Sra. M. V. se encuentra apta psicológicamente para llevar adelante un tratamiento de reproducción asistida de gestación por sustitución” (fs. 13).

Asimismo, en base a los estudios realizados que obran a fs. 116/128 el Dr. Julián López refiere que la Sra. V. goza de buena salud, constatando por examen físico y estudios complementarios, no presentando contraindicaciones para una nueva gestación (fs. 129). Oficiado al profesional médico forense del equipo técnico, el Dr. Gustavo Rodríguez concluye que se encuentra apta para someterse al tratamiento de fertilización médica de cualquier índole (fs.138), lo que ratifica luego de realizado nuevos estudios médicos a fs. 164, dictaminando que “se encuentra APTA para gestar o someterse a realizar tratamiento de fertilización médica de cualquier índole” (fs. 164).

En igual sentido se pronuncia el Dr. José Antonio Pérez Alzaa, Ginecólogo, en el certificado expedido a fs. 15, afirmando que la paciente no presenta ninguna patología que contraindique la gestación.

En relación al joven Bitti se infiere preocupaciones con respecto al embarazo a la edad de su madre, sin embargo desestima los mismos haciendo referencia a que no surgirán complicaciones apelando defensivamente a la idealización (informe interdisciplinario de fs. 107 vta.). Asimismo, el Ministerio Público Complementario afirma que “habiendo mantenido entrevista con mi representado, quien en uso

de su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, contando con edad y grado de madurez suficiente manifestó comprender que la paternidad la determina la voluntad procreacional de los Sres. R. – Z. y que su progenitora sólo reviste el rol de gestante, como que no desea tener nuevos hermanos” (fs. 165 vta.). En virtud de ello, el representante del Ministerio Público Complementario, Dr. Francisco Argañaraz, dictamina que nada tiene que observar, ya que no se advierte afectación de los derechos de Pedro Valentín Bitti.

IV.2. La voluntad procreacional. La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, el que debe quedar debidamente plasmado en el consentimiento previo, libre e informado. Esto es, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal, fortaleciendo el elemento volitivo como determinante del vínculo filial. O dicho de otro modo, hay una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional ya que prima la voluntad sobre lo biológico (KRASNOW, Adriana N., La filiación, en: Tratado de Derecho Civil y Comercial, Director: A. Sánchez Herrero, La Ley, Bs. As., 2016, T. VII, p.560). La relevancia de este consentimiento informado es que blinda la posibilidad de impugnar la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, de los hijos nacidos mediante el uso de estos tratamientos (LAMM, Eleonora; RODRÍGUEZ ITURBURU, M., Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en: Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. V-A, p. 725).

Los Sres. R. y Z. han exteriorizado el consentimiento que regula la voluntad procreacional según los arts. 558 y cc del CCyC. Además de lo expresado en estos obrados, también deberá cumplimentarse acabadamente con los arts. 560 y 561 del CCyC ante el Centro de Salud interviniente.

De un estudio completo de la causa, y con el auxilio de la intervención interdisciplinaria, es posible concluir que las decisiones tomadas por cada una de las partes involucradas han implicado procesos reflexivos que les han permitido reconocer la complejidad e impacto de este procedimiento. Se evidencia de manera clara y precisa en el

caso de la pareja convivencial una auténtica voluntad que traduce la genuina intención de hacer realidad la paternidad aprovechando el auxilio científico, lo que pudo corroborarse en el momento de la intermediación con el Tribunal. Así, en la audiencia personal llevada adelante con fecha 18/05/2020, Luis y E. manifestaron que era su máximo deseo prolongar o ampliar la familia que formaron desde hace cuatro años y concretar su amor en un hijo, al que le brindarán todo su amor. Se sienten emocionados y esperanzados por este sueño que están transitando.

En suma, en esta tercera fuente filial reconocida por el art. 558 (primer párrafo) del CCyC la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el 'querer ser' progenitor. Esto es, la llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado, que existe patente y claro en este caso por los Sres.R. y Z.

IV.3. La voluntad de la gestante. El consentimiento informado. En el caso concreto, M. V. debe prestar su consentimiento para someterse a la TRHA y, además, para revestir la condición de gestante en la GS. Por ello, devienen aplicables los art. 7 de la Ley 26862, los arts. 5, 6 y ss de la Ley 26529 y sus modificatorias y los arts. 58 y 59 del CCyC.

El art. 7 de la Ley 26862 establece que "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".

Por su parte, el decreto reglamentario 956/2013 remite a la ley 26529 y la ley 25326 de Protección de Datos Personales, que establece que el consentimiento y su revocación deberán documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.

Desde esta perspectiva legal, observo en el expediente que existe una auténtica voluntad de prestar ayuda a la unión convivencial para que puedan ser progenitores, con clara idea de que no obstante prestarse a la práctica en cuestión, no poseerá ningún vínculo con el niño o niña a gestar. Esto es, se vislumbran los requisitos y condiciones del consentimiento para su validez, esto es: a) Personal de la Sra. M. V. en uso de la autonomía de la voluntad, exteriorizado en diversas instancias de este proceso. Se advierte que tiene plena capacidad y salud física y psíquica. b) Informado, por los distintos profesionales de la salud intervinientes de manera clara, suficiente y adecuada. c) Actual, esto es, en forma contemporánea al momento en que se realiza el tratamiento, lo que deberá ser mantenido hasta que concluya la práctica médica. d) Manifiesto, expreso, lo que aconteció al momento de entablar la demanda, cuando interactuó con el equipo interdisciplinario y con quien suscribe en la audiencia mantenida el día 18/05/2020. e) Libre, es decir, sin coerción o presión, lo que se evidencia de manera palmaria en el relato de la Sra. V. f) Gratuito, lo que emana de lo manifestado por la Sra. V. Los motivos que llevan a la Sra. V. a acompañar a los progenitores intencionales no se vincula a intereses económicos o patrimoniales. La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora V. voluntad procreacional. Poner cortapisas en su decisión, sería entrometerse en su vida privada. g) Solicitado y recepticio, es decir, fue requerido por los médicos y la intención de someterse a la práctica médica fue comunicada por la Sra. V. h) Específico, ya que contempla el sometimiento a la TRHA a partir de la GS. i) Revocable. No puedo dejar de señalar que el consentimiento es esencialmente revocable en virtud del carácter personalísimo del acto.

Asimismo, en la audiencia personal con M. celebrada el día 18/05/2020, expresó que es su deseo acompañar a Luis y E. a transitar este camino y que, por su parte, gestar ese niño o niña es un acto de amor.

IV.4. Admisión de la gestación por sustitución. Por lo expuesto estimo procedente la autorización judicial pretendida, por verificarse que: 1)

La Sra. M. V., eventual gestante, tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica. Asimismo, actúa de manera solidaria y con conocimiento y conformidad de su grupo conviviente conformado por su pareja conviviente y su hijo menor de edad; 2) La aportación de material genético proviene de la ovodonación por donación anónima y el aporte genético por parte de uno de los comitentes; 3) La imposibilidad de llevar adelante un embarazo por parte de la pareja compuesta por Luis y E. (quienes tiene intención de ejercer la voluntad procreacional).

Por otra parte, rechazar la GS afectaría el derecho a la igualdad por la orientación sexual puesto que la GS es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de sólo uno de ellos). Más concretamente, me encontraría frente a una desigualdad de trato no razonable en virtud del sexo de los progenitores, que biológicamente no pueden concebir y llevar adelante un embarazo sin auxilio de un tercero. Así, si se consagra la igualdad de acceso a las TRHA, negar esta alternativa nos conduce a una discriminación por razón del sexo y de la orientación sexual, ya que pueden acceder dos mujeres o una pareja heterosexual, pero no una pareja conformada por dos varones.

V) El art. 562 del CCyC. Si bien no se planteó expresamente la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, su tratamiento resulta imprescindible a los fines de abordar la pretensión de los actores de la manera en que se debe inscribir al niño o niña.

En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad, en su caso, procede aún de oficio según los precedentes “Mill de Pereyra c/ Provincia de Corrientes” (CSJN, 27/09/2001, “Mill de Pereyra c/ Provincia de Corrientes”, LL 2001-F, 891) y “Banco Comercial Finanzas S.A. s/Quiebra” (CSJN, 19/08/2004, “Banco Comercial Finanzas S.A.-en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/Quiebra”, LL 2004-E, 647). Por otra parte, según la doctrina de la CIDH los jueces nacionales deben efectuar tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad de oficio. Esta línea de pensamiento surgió a partir del pronunciamiento de la CIDH en el caso “Trabajadores Cesados del Perú c/ Perú”, en el cual el tribunal internacional sostuvo que los órganos del Poder Judicial

deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana (CIDH, “Trabajadores Cesados del Congreso -Aguado, Alfaro y otros- vs. Perú”, del 24/11/2006, Serie C N° 158, párr. 128; CIDH en el Caso: “La Cantuta Vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 29/11/2006, párr.173). A su vez, la CIDH reiteró ese criterio del control de constitucionalidad – convencionalidad, en “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (CIDH, “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, de 23/11/2009, Serie C N° 209, párr. 3), entre muchos otros pronunciamientos que siguieron a aquellos. La denominación “control de convencionalidad” aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la CIDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos: “Myrna Mack” y “Tibi”, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero fue en aquél donde la Corte precisó sus principales elementos (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, Control de Convencionalidad, publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, última consulta, 27/07/2015, 16:05 hs.).

Vale destacar que la CSJN ha adoptado el mismo lineamiento seguido sobre la cuestión por la CIDH y, en esta dirección ha reiterado, desde las causas “Mazzeo” (CSJN, 13/06/2007, “Mazzeo Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”) y “Videla” (CSJN, 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio E. s/ recurso de casación” (C.S.V.28.XLV), LL 2010-E, 198) que los jueces deben efectuar tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad de oficio.

Este análisis es relevante por cuanto el art. 562 del Código Civil y Comercial, dispone que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la

mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos” (el resaltado me pertenece).

El problema que se presenta frente a la llamada GS, es básicamente, la atribución de la maternidad del nacido, pues si bien el elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio de un miembro de la pareja y la ovodonación anónima, se acude, a la gestación del embrión en el vientre de un tercero y posterior alumbramiento. Y en este punto no resulta indiferente la mujer gestante.

De una lectura literal de la norma, el niño o niña debe inscribirse a nombre de M. V. y de quien prestó su consentimiento. Sin embargo, esta no ha sido la voluntad de las partes involucradas: requieren que el niño o niña se inscriba a nombre de Luis y E. Por ello, cabe ingresar al análisis del planteo efectuado por los accionantes en cuanto a que de resultar exitosa la práctica médica, el o los recién nacidos/as sea/n inscriptos/as a nombre de sus padres intencionales.

De allí que es preciso interpretar el art. 562 del CCyC a la luz de lo peticionado a los fines de determinar si lo requerido se ajusta a derecho o, en su defecto, si, de resultar procedente, corresponde la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

El debate planteado ha merecido diversas soluciones: a) Desde un costado, algunos tribunales se pronunciaron por la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. Se entendió que “la norma del art. 562 del CC y CN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. B. V. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y CN resulta inconstitucional. Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y CN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que

quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz” (Juzg. Flia 5ª Nom., de Córdoba, Al n° 243, 25/04/2016, “V.A. B. y OTROS-SOLICITA HOMOLOGACIÓN”).

En este sentido, se afirma que “advierdo que el art. 562 del CCCN en cuanto no reconoce la maternidad a la mujer comitente, sino a la gestante (“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz.”) confronta abiertamente el bloque de constitucionalidad y convencionalidad reconocido en nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22). En efecto, adelanto opinión en el sentido que, la norma en crisis conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales (derecho a formar una familia, a la vida privada, a la identidad, etc.) lo que determina que dicho texto resulte incompatible con la protección que la magistratura debe a las personas en el marco del sistema protectorio de los derechos humanos. no cabe lugar a la menor duda que el art. 562 del CCCN adopta una postura desfavorable respecto a la gestación por sustitución al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante” (Juz. Civ. Com. Flia. y Lab. Bell Ville, Al n° 240, 06/12/2018 “D., R. D. V. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”, Expte. N° 6554133”).

En idéntico sendero se expresa que “la filiación materna en el caso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, se atribuye a la mujer que dio a la luz, y del hombre o de la mujer que prestó el consentimiento previo, y con esa solución cerró la puerta a cualquier debate en torno a la cuestión. la norma del art. 562 del CC y C aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y C resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre

derechos subjetivos de la Sra. A., y además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos” (Juzg. Flia de Córdoba, 1ª Nom., 06/08/2018, “A., M. T. y Otro – Solicita Homologación” Expte SAC N° 7057134). b) Desde otra línea de pensamiento, se declaró la inaplicabilidad del art. 562 CCyC. Se expresó que “no resulta necesario declarar su inconstitucionalidad sino su inaplicabilidad al caso concreto y en ello no puede verse un eufemismo, sencillamente porque la hipótesis fáctica resulta absolutamente excluida de dicha norma. No corresponde abordar en el caso de marras la inspección de constitucionalidad del artículo en cuestión por cuanto practicar el test sobre una regla de derecho que en definitiva no resulta de aplicación en el caso, implica lisa y llanamente una declaración de inconstitucionalidad en abstracto” (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”).

En igual sentido se dijo que “la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial no resulta necesaria, puesto que dicha normativa admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio” (Juzg. Flia de 4ª Nom., “A., P. A. y otro – Medidas urgentes”, Acta n.º 98, 21/5/2018).

Asimismo se expresó que “en el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna. Por otra parte la norma no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida” (Juzg. Flia 2ª Nom. de Córdoba, 22/11/2017, Auto n° 930, “R., L. S. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”). c) Mi posición. A mi entender corresponde hacer lugar al planteo efectuado por los actores, interpretando sistemática y axiológicamente los principios que emanan de la filiación y de la figura de la GS. c.1. Como sostuve con anterioridad, al analizar la voluntad procreacional, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal, fortaleciendo el elemento volitivo como determinante del vínculo filial.

O dicho de otro modo, hay una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional ya que prima la voluntad sobre lo biológico. De esta manera la filiación queda determinada por el elemento volitivo, conformándose lo que se ha dado a llamar la verdad voluntaria o consentida (al lado de la verdad biológica y verdad genética) (LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, Comentario al art. 562, en: Tratado de Derecho de Familia, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, 2017, T. II, p. 502). Y éste es el sendero que debe seguirse en esta causa, enalteciendo la voluntad procreacional por sobre el factor genético. Es que, la voluntad procreacional es el eje de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. De modo que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento en los términos que regula el CCyC, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA. Es tan así, que el art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, sea que se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja; siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA (HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 487).

Esto es, se impone una realidad socioafectiva marcada por el consentimiento (intención o voluntad procreacional) por sobre la realidad genética. Por ello, en el caso de autos el art. 562 CCyC en tanto otorga primacía al elemento biológico no resulta aplicable ya que, como se destacó, es la voluntad la que ilumina este pedido de autorización judicial. Y esa voluntad no sólo está exteriorizada por los progenitores intencionales sino también por la gestante.

En esta inteligencia, el sólo hecho de la gestación no convierte a una mujer en madre, si además no asume responsablemente los deberes y funciones parentales, sumado al hecho que no hay vinculación genética entre el niño/a y la gestante porque el óvulo procede de una donación anónima. En este sentido, en el caso, no hay voluntad procreacional y no hay nexo genético, por lo cual no existe razón alguna para atribuirle el hijo/a a la gestante.

En virtud de todo ello la voluntad procreacional se erige como la única respuesta razonable para resolver la identidad filiatoria del niño/a nacido por la GS. c.2. Desde otro costado, y retomando las reflexiones sobre el anteproyecto de reforma y unificación de la legislación civil y comercial, no puede dejar de reconocerse que en su art. 562 se contemplaba de manera integral la GS, con una clara mirada constitucional y convencional, orientada al respeto de los derechos humanos. La regulación proyectada, habilitaba la GS de manera amplia e igualitaria, sin discriminación alguna para garantizar el derecho esencial a fundar una familia. Sin embargo, la normativa que resultó aprobada tal como arriba se destacó, guarda silencio en cuanto a la regulación de la figura. Ahora bien, ante lo que la doctrina ha denominado “postura abstencionista” del CCyC se plantea el interrogante de cómo resolver el conflicto que surge en virtud del silencio aludido (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C.Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”). El hecho de que se haya silenciado del texto del CCyC a la GS no puede entenderse sino como abarcativo también de un silencio legal sobre uno de los aspectos propios de la figura tal la “atribución de la maternidad” respecto del nacido. Esta es a mi modo de ver la única lectura que permite el silencio legal y el alcance que este conlleva, a la luz de los fundamentos de la transitoria eliminación de la GS del texto legislativo vigente. Por ello, al no quedar atrapada la cuestión de marras en el art. 562 del CCyC en punto a la determinación de la maternidad en la presente hipótesis, deviene abstracto el tratamiento de su validez constitucional (Juzg. Flia de 6ª Nom. de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION”).

En virtud de todo lo expuesto, corresponde la declaración de la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC a la presente causa.

VI) Certificado médico de nacimiento. Estimo que a los fines del presente no resulta menester imponer modificación o alteración alguna en la conformación del certificado médico ya que cuando se efectúa el procedimiento de identificación (dactilar) se hace con el objeto de que conste en el legajo base de la inscripción del nacimiento, la información de la persona que gesta, además de involucrar en su confección una cuestión de seguridad propia del precisamente conocido como Protocolo de Seguridad de la institución

médica respectiva. De lo contrario, estaríamos negando justamente la realidad gestacional del niño/a que nazca.

VII) Nacimiento y anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Por todo lo analizado debe autorizarse la práctica de GS requerida debiendo las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 560 d y 561 el CCyC y en consecuencia, debe ordenarse que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la práctica médica en cuestión el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas inscriba al/la niño/a así nacido como hijo/a de los señores L. A. R. y E. A. Z. sin vínculo legal con la señora M. V.

Sobre este punto es preciso destacar que el derecho a la inscripción inmediata del nacimiento ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 7 y reviste suma importancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos.

Entiendo que la inscripción como hijo/a de quienes quieren ser su progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño, premisa insoslayable bajo la cual debe interpretarse, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia.

Con igual lógica y fundamento al que justifica que el/la/los hijo/a/s sean legalmente inscripta/o/s registrada/o/s, documentada/o/s como hijo/a/s de la pareja desde el mismo instante del nacimiento, se dispone que -desde igual momento- los únicos autorizados para tomar cualquier tipo de decisión vinculada al retiro del/a/s nacido/a/s del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento queda -una vez dada el alta médica correspondiente- a exclusiva decisión de los padres, toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizan como sus progenitores.

En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA -gestación por sustitución- será/n hijo/a/s de los Sres. L. A. R. y E. A. Z., disponiéndose que así se registre en toda

documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s desde el mismo instante de su nacimiento. Por lo precedentemente ordenado, se deja a criterio y decisión a los mismos el orden de los apellidos con que serán inscriptos su/s hijo/a/s en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, de conformidad a lo normado por el art. 64 del CCyC.

VIII) Derecho del niño/a eventualmente nacido/a a conocer sus orígenes. Realidad gestacional. Contemplando el derecho a la identidad que también presenta un resguardo normativo (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle al niño/a eventualmente nacido mediante la GS que se autoriza, el acceso al expediente y a conocer sus orígenes (arg. art. 596 CCyC), de modo que se insta a los accionantes para que hagan conocer a su hijo/a su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender su historia vital (Juzg. CCyC Bell Ville in re “D.R d. V. y otros – Solicitan homologación” Expte. 6554133 del 6/12/2018). Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN). En este sentido, la Comisión n° 6 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se pronunció por unanimidad en el sentido de que “el nacido por GS con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer su realidad gestacional y a acceder al expediente judicial”.

Es por ello que, inherente a la obligación de los progenitores de hacer conocer al/o/s niño/a/s sobre su origen gestacional de acuerdo a su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s/ niño/a/s.

Por su parte, deberá tenerse presente el “valor jurídico permanente” de pleno derecho del que gozan las presentes actuaciones a tenor de lo dispuesto por el art.5 de la ley 9360 de “Conservación, selección y destrucción de documentos judiciales”.

IX) La cobertura del tratamiento de fertilización asistida. Los actores peticionan que se emplace a la obra social OSPIA a los fines de que

dé cobertura al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (fs. 21).

En virtud de la declaración de incompetencia material que luce a fs. 56 (decisión que quedó firme y consentida), no corresponde pronunciarme sobre este aspecto.

X) Costas.

A mérito de tratarse de un caso donde no ha mediado controversia, las costas se imponen a los accionantes.

XI) Honorarios. Los honorarios serán estimados a la luz de las reglas de la actual ley arancelaria 9459, entendiendo que por falta de previsión expresa en las normas de fondo y de forma de este particular pedido de autorización resultaría aplicable por analogía la previsión del art. 77, inc. 3º, y además teniendo presente las reglas de evaluación cualitativa, especialmente el aporte significativo de prueba, el tiempo consumido en la sustanciación de la causa, la naturaleza de la cuestión y el éxito obtenido, y el valor de precedente, por lo que estimo justo y equitativo una cuantificación en el equivalente a treinta jus.

En virtud de que los peticionantes actuaron representados por las Dras. María Celeste Valazza y Nailé Anahí Prandi, corresponde regular conforme la etapa procesal (arg. art. 45 Ley 9459).

Así, la Dra. Valazza presentó la demanda y actuó hasta la constitución de nuevo domicilio a fs. 66. Sin embargo, a fs. 68 comparece y manifiesta que nada se le adeuda en concepto de honorarios profesionales.

La Dra. Prandi continuó con la tramitación de la causa. Por ello, en virtud de las etapas procesales llevadas adelante por cada profesional, corresponde regular a la Dra. Prandi el equivalente a . jus, esto es, la suma de pesos.(\$.).

Por todo lo expuesto y lo prescripto por los arts. 19, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 18, 19 (incs.1, 2, 3 y 7) y 20 de la

Constitución Provincial, 1 y 2 del CCyC y demás normas legales citadas.

RESUELVO:

I) Autorizar la práctica de la “Gestación por sustitución” entre los comitentes L. A. R. y E. A. Z. (padres intencionales), y la gestante M. V., en la forma peticionada, esto es, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante nombrada; debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud elegido en los términos de los arts. 560 y 561 del CCyC.

II) Declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el presente caso de “Gestación por sustitución” y, en consecuencia, ante el vacío legislativo: a) Ordenar que el niño/a nacido de la práctica autorizada al punto I) del presente sea inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo, como hijo de L. A. R. y E. A. Z., a cuyo fin oportunamente oficiese-; b) Disponer que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCyC. Sin perjuicio de ello, a tenor del art. 64 del CCyC, hágase saber que el orden de los apellidos con el que el/a/s niño/a/s haya/n de ser inscripto/a/s quedará a elección de sus padres, a cuyo fin oportunamente oficiese-.

III) Determinar que el niño/a nacido/a de la práctica autorizada al punto I) del presente no tenga vínculo jurídico con la gestante señora M. V., sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento.

IV) Instar a los señores L. A. R. y E. A. Z. a que en caso que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente. A esos efectos, HÁGASE SABER a la institución que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requieran los progenitores y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello si conforme

a su edad o grado de madurez así correspondiera, a cuyo fin oportunamente oficiese.

V) Disponer la conservación de las presentes actuaciones (arg. art. 596 del CCyC y art. 5 Ley 9360).

VI) Imponer las costas a los accionantes.

VII) Regular honorarios profesionales de la Dra. Nailé Anahí Prandi la suma de pesos.(\$.).

Protocolícese, hágase saber y dese copia.