

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I, Tucumán, Jueza: Karina
Lescano de Francesco

JUICIO: P. A. M. Y OTRO s/ AUTORIZACION JUDICIAL – Expediente nº xxx/xx

– Fecha de inicio: xx/xx/xxx

San Miguel de Tucumán, 26 de septiembre de 2018

AUTOS Y VISTOS: para resolver los autos caratulados “P. A. M. Y OTRO s/ AUTORIZACION JUDICIAL”, del que

RESULTA:

Se presentan la Sra. A, el letrado J -quien actúa por derecho propio y como patrocinante de su cónyuge-, la Sra. M -con el patrocinio de la letrada D- y solicitan autorización judicial para la realización -en xxx del procedimiento de transferencia del/os embriones, conformados con los gametos de A y J, en M, quien actuará como gestante a los fines de poder llevar adelante la práctica de reproducción humana asistida (TRHA) de gestación por sustitución, previa suscripción del consentimiento informado y libre de todos ellos, bajo las prescripciones y requisitos del C.C.yC.N. y la ley nº 26.529.

Peticionan que, en el caso de que prospere el embarazo, V.S. ordene la inscripción del/a/s niño/a/s dado/a/s a la luz por M como hijo/a/s de A y J, debiendo el Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas expedir el certificado de nacimiento correspondiente, conforme lo dispone el artículo 559 del C.C.yC.N.

Solicitan que se haga saber a la institución de salud interviniente que, en la confección de los certificados de nacimiento, deberán constar las huellas dactilares de la/s beba/s o el/los bebé/s y las de A y J, en su carácter de progenitores en razón de aportar el material genético y cuentan con la voluntad procreacional. Asimismo peticionan que no obre registro alguno de la Srta. M en su calidad de gestante, ni vinculación genética alguna, y que los Sres. J y A, en su carácter de

progenitores, sean los únicos autorizados a retirar el/la bebé/s una vez efectuada el alta correspondiente.

Fundan su petición afirmando que contrajeron matrimonio el día 23 de septiembre de 2009, que desde esa fecha comparten un proyecto de vida en común y familiar, aspirando desde hace mucho tiempo a concretar el sueño de tener hijos, pero que A fue diagnosticada con el síndrome de Rokitansky, motivo por el cual no puede llevar adelante un embarazo, pero cuenta con ovarios normales y con capacidad de aportar sus gametos para la formación de los embriones. Agregan que la única alternativa posible para lograr un hijo propio es recurrir a un vientre sustituto.

Relatan que anteriormente recurrieron a centros de fertilización en la provincia de Mendoza, donde les permitieron concretar sus primeros intentos, los que no dieron resultados positivos. Añaden que este año concurrieron a la institución XXX, donde les comunicaron el cambio de criterio de la clínica por la entrada en vigencia del CCyCN. Los asesoraron sobre el procedimiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad y gestación por sustitución, y les solicitaron autorización judicial previa para poder realizar dicho tratamiento.

Exponen que su petición se funda en un acto de amor infinito por parte de M, hermana de A, quien tiene 35 años de edad, y les propuso llevar adelante el embarazo, siendo la gestante de su futuro hijo. Agregan que los tres poseen aptitud médica necesaria para llevar adelante la TRHA.

Ponen énfasis en que cuentan con los espacios terapéuticos que operan como sostén y acompañamiento, con el apoyo permanente de su familia. Afirman que tienen conocimiento preciso sobre la temática, herramientas socio-culturales sólidas y experiencia de vida que les permite transitar tanto el proceso de la subrogancia, como las diferentes etapas judiciales, añadiendo que M tiene absoluta comprensión y un alto grado de compromiso del rol que asumiría.

Citan doctrina y jurisprudencia sobre la temática planteada, puntualmente sobre técnicas de reproducción asistida, la voluntad procreacional y

el interés superior del niño, el derecho a conocer el origen gestacional y el derecho de los recién nacidos a ser inscriptos.

Argumentan que en el país la gestación por sustitución no se encuentra regulada, lo que no implica que esté prohibida, por lo que corresponde aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19 de la C.N.), sustentándose en lo manifestado precedentemente y en el derecho a poder realizar el procedimiento de TRHA gestación por sustitución, tal como lo reconoce la C.N., Tratados de Derechos Humanos y la ley nº 26.862.

En cuanto al peligro en la demora, exponen que la Sra. A padece de falla ovárica precoz, tiene 36 años y que el transcurso del tiempo juega un papel preponderante en su situación de salud, dado que con el correr del tiempo disminuye sensiblemente su capacidad reproductiva, por lo que la denegatoria de la medida cautelar solicitada pondría en riesgo cierto la posibilidad de acceder al tratamiento y concretar su derecho a formar una familia.

Acompañan análisis realizado por Laboratorio SSS a la Sra. M (fs. 20/32), estudio de la Sra. M emitido por CCC (fs. 33/37), informe de la ecografía mamaria de la Sra. M (fs. 38/39), informe de la ecografía ginecológica transvaginal de la Sra. M (fs. 40/43), certificado médico (fs. 44), informe de diagnóstico citológico-vaginal de la Sra. M (fs. 45), análisis realizado por SSS a la Sra. A (fs. 48/61), análisis realizado por SSS al Sr. J (fs. 62/79), informe de ecografía mamaria de la Sra. A (fs. 80/83), informe médico de la Sra. A realizado por el CCC (fs. 84/89), informe de la ecografía ginecológica transvaginal de la Sra. A (fs. 90/98), espermograma completo del Sr. J (fs. 99/100), informe clínico del centro XXX (fs. 103/104), fotocopia certificada de los DNI (fs. 105/106), constancia de obra social de la Sra. M (fs. 108), fotocopias de actas civiles (fs. 109/111), certificados de médico psiquiatra (fs.117), informes psicológicos (fs. 119/121, 126/127), informes psiquiátricos (fs. 122, 125 y 128), copia simple de formulario del consentimiento informado: gestación por sustitución gestante (fs. 129/135), copia simple de formulario del consentimiento informado: reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja en el marco de proceso de gestación por sustitución – comitentes (fs. 136/143) y certificado médico donde se hace

constar que la paciente M no se sometió con anterioridad a un proceso de gestación por sustitución (fs. 146).

En fecha 16 de agosto de 2018 se realiza la entrevista personal con los peticionantes, a la que asistieron la Lic. F y el Dr. A, dependientes del Gabinete Psicosocial y el Cuerpo de Peritos Médicos Oficiales del Poder Judicial, respectivamente (fs.147/152).

A fs. 153 corre agregado dictamen interdisciplinario realizado por la Lic. F y el Dr. A.

Por providencia de fecha 12 de septiembre de 2018 se dispone dar intervención a los Ministerios Públicos: Defensoría de Menores y Fiscalía Civil, a efectos de que emitan preventivamente dictamen sobre las cuestiones que entienden de su respectiva incumbencia. Ello con carácter urgente y con habilitación de días, horas, atento a la naturaleza de la materia a decidir (fs. 164).

A fs. 166/168 la Sra. Defensora de Menores de la III Nominación, Dra. Adriana Mónica Romano Mazzone, dictamina que corresponde se declare la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCyCN, ordenándose la inscripción del/a/s niño/a/s dado/a/s a luz por la gestante como hijo/a/s del matrimonio, extinguiendo cualquier tipo de vínculo con la gestante, debiendo los progenitores informar al/o/a/s su origen gestacional.

La Sra. Fiscal Civil de la II nominación, Dra. Emma B. García de Saín, opina que corresponde declarar la inconstitucionalidad e inconvencional del art. 562 del CCyCN, debiendo otorgarse la autorización para llevar adelante la práctica médica de gestación por sustitución, disponiéndose que, el/a/s nacido/a/s, sean emplazados como hijo/a/s del matrimonio solicitante (fs. 170/172).

Por decreto de fecha 20 de septiembre de 2018 (fs. 173) se llama a los autos a despacho para resolver, por lo que corresponde abocarme a su tratamiento y consideración.

CONSIDERANDO:

Vienen las presentes actuaciones a despacho para resolver la petición efectuada por el matrimonio conformado por los Sres. J y A, y la Sra. M, consistente en obtener autorización judicial para poder realizar la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) de gestación por sustitución, a partir del aporte de los gametos por parte de la pareja matrimonial y el aporte de la capacidad gestacional de M. Asimismo solicitan se determine preventivamente que la filiación del/a/s hijo/a/s que nazca/n de dicha técnica le corresponda al matrimonio formado por el Sr. J y la Sra. A, por ser quienes poseen la voluntad procreacional, y que sean los únicos autorizados a retirar el/la/los niño/a/s, una vez efectuada el alta correspondiente.

Cuestiones Previas: del trámite de la presente causa

Entiende esta Proveyente que las circunstancias invocadas por el matrimonio referidas a la edad de la Sra. A (36 años) y al paso del tiempo, no son suficientes por sí solas para justificar la razón de urgencia que habilite imprimir a esta cuestión un trámite de naturaleza cautelar.

Y es que una cosa es comprender la urgencia que el matrimonio puede sentir ante la frustración de fallidos intentos anteriores en este tipo de procedimiento y otra muy distinta, atento a la naturaleza de las cuestiones que entraña este tipo de autorización, creer que pueda bastar judicialmente la acreditación meramente verosímil de sus condiciones de procedencia. Y ello, sin perjuicio de considerar que nada obsta a que –sin desmedro de recabarse toda la información que se estime necesaria para analizar la viabilidad de la pretensión esgrimida- se le imprima el trámite más breve posible a fin de que el factor tiempo no atente contra la utilidad del pronunciamiento judicial.

Aclarada la cuestión precedente, de la lectura del escrito inicial resulta que cuatro son las cuestiones sobre las que solicitan que esta Magistrada se pronuncie: **1)** Autorización para la realización de la TRHA gestación por sustitución. **2)** Determinación filiatoria. **3)** Confección del certificado de nacimiento

– modo de inscripción. 4) Retiro del/los/las niño/a/s del sanatorio/hospital donde nazca/n por parte del matrimonio, una vez dada el alta correspondiente.

De las TRHA - De la Gestación por Sustitución

I. Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) son definidas en el art. 2 de la ley 26.862 como *“los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”*.

Por su parte la doctrina entiende que las TRHA son un *“...conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos –extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoide - conducen a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana...”* (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera Marisa, Lamm Eleonora; La reproducción medicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación, La ley del 08/08/2011, p.1).

Resulta necesario precisar que la gestación por sustitución, aunque constituye una TRHA, en nuestro país no se encuentra expresamente regulada, por lo que tampoco se cuenta con una definición legal de la misma. No obstante ello, adhiero a la definición que sobre este tipo de técnica realiza el proyecto de ley nº 5700-D-2016 “Gestación Solidaria” que la postula como un: *“tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad que consiste en el compromiso que asume una persona llamada “gestante”, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada “comitentes”; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con el/la o los/as comitente/es.”*

II. Oportuno resulta señalar que “gestación por sustitución” no es lo mismo que “maternidad subrogada”. Si bien desde el lenguaje coloquial suelen ser utilizados como sinónimos, no puedo soslayar que desde una lógica jurídica dichas expresiones tienen connotaciones totalmente diferentes. Y es que en este tipo de

técnicas, quien aporta la capacidad gestacional limita su compromiso e intervención a la facilitación de las condiciones o aptitudes físicas necesarias para llevar adelante un embarazo, proceso éste que concluye al momento de concretarse el nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que quienes han aportado no solo el material genético (como en este caso) sino y fundamentalmente su voluntad procreacional, son quienes habrán de desarrollar concretamente la función materna/paterna, actitud y aptitud ésta que trasciende al hecho meramente biológico del parto y que se proyecta hasta el resto de la vida del/a/s niño/a/s.

De allí que entiendo que lo que los comitentes subrogan no es su maternidad o paternidad -la que por cierto es la vocación fundante, intransferible y personalísima de quienes se someten a este tipo de TRHA- sino solo la posibilidad de gestación, es decir ponen a otra persona en lugar de quien, como es en este caso, no puede gestar.

En otras palabras, la gestante es una facilitadora de la voluntad procreacional de quien, como en el presente caso, no puede gestar por sí.

Es por ello que, tal como lo afirmaron mis pares en fallos sobre temáticas similares, la gestación por sustitución pone en jaque la célebre frase del derecho romano "*mater semper certa est*", que consagra la atribución de maternidad por el hecho de parto.

Circunstancias acreditadas en la causa

1) Imposibilidad absoluta de gestar de la Sra. A

De la ecografía ginecológica transvaginal realizada por la Dra. N a la Sra. A en fecha 5 de abril de 2018, resulta que la misma presenta útero ausente, ovarios con microfolículos, OD 4 microfolículos, OI 5 microfolículos resto sp (fs. 93, 96 y 103).

Por su parte, del informe médico efectuado por xxx, obrante a fs.103/104, resulta que: A -de 36 años de edad- posee síndrome de Rokitansky (agenesia congénita uterina) y que el matrimonio consultó "*por esterilidad primaria y deseo de embarazo de más de 8 años de evolución*" (sic). Asimismo, surge que

realizaron 4 intentos de FIV ICSI (fecundación in vitro con sustitución uterina) en la provincia de Mendoza –sin resultados positivos para embarazo-, los que fueron efectuados en los meses de julio del 2014, octubre de 2014, noviembre de 2015 y mayo de 2016.

La imposibilidad de gestar de A se encontraría comprendida dentro del modelo biopsicosocial de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre discapacidad al constituir un impedimento físico a cuya superación acude el art. 25 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPC) a la luz de la interpretación que sobre esta cuestión realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

2) Voluntad de gestar de la Sra. M

Del relato realizado por el matrimonio en el escrito inicial surge que: *“luego de comentar con nuestro círculo más cercano la posibilidad de realizar un nuevo intento, pero esta vez en esta provincia... M en un acto de amor infinito nos propuso llevar adelante el embarazo y ser la gestante de nuestro futuro hijo (...) que cuenta con absoluta comprensión y un alto grado de compromiso con el rol que asume desempeñar. Como persona y mujer es titular de un derecho a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto”* (sic fs. 08).

Del informe médico de xxx, resulta que M, tiene 35 años de edad, que es hermana de A, que es nulípara (sin hijos) y que expresó su voluntad de llevar adelante el embarazo previo asesoramiento reproductivo. Surge, además, que fue evaluada por el centro médico y que se encuentra en condiciones de iniciar el procedimiento de gestación por sustitución (fs. 104).

En igual sentido, del informe psicológico del mes de julio del 2018 expedido por la Lic. E, surge que *“M, presenta plena consciencia, voluntad y libertad para llevar a cabo dicho procedimiento. Se sugiere acompañamiento terapéutico durante todo el proceso de gestación, parto y puerperio.”* (fs. 119/121).

En la entrevista personal celebrada en fecha 16 de agosto de 2018, ante el interrogante de cómo surgió la propuesta de que M sea la gestante, los peticionantes manifestaron que *“M se postuló sola”* (fs. 147 vuelta).

3) Información - conocimiento del matrimonio y de M sobre esta

TRHA.

Del escrito inicial surge que los peticionantes conocen cabalmente el procedimiento de gestación por sustitución y cuáles son sus alcances e implicancias. Tal lo que infiero de la formación profesional de las partes intervinientes. Adviértase que el Sr. J interviene por derecho propio y como patrocinante de su esposa A, quien también es abogada al igual que la gestante M, quien además se encuentra técnicamente asistida por su letrada patrocinante (fs. 07/14).

Por otra parte, en la audiencia celebrada por ante esta Magistrada, la Sra. A expresó: *“los tres estamos muy informados de toda la cuestión jurídica vinculada a esta temática. Los tres somos abogados y conocemos el derecho, aunque no nos dedicamos a familia...”* (sic), a lo que M agregó: *“siempre estamos leyendo todos los fallos que van saliendo de la temática planteada.”*

Oportuno resulta señalar que el matrimonio ya atravesó cuatro procedimientos, en los últimos cuatro años, en la Provincia de Mendoza, de los que no obtuvieron resultados favorables, tal como consta en el informe obrante a fs. 103/104.

Es claro, tal como lo manifestaron las partes en el escrito inicial como en la oportunidad de la entrevista personal celebrada, que todos tienen conocimiento acerca del proceso que desean llevar adelante (fs. 07/17 y fs. 147/152).

4) Ausencia de vulnerabilidad de la gestante.

Como ya se dijera precedentemente fue la propia M quien se postuló como gestante siendo el único fin manifestado un acto de amor hacia su hermana y su cuñado.

De las constancias de autos surge debidamente acreditado el conocimiento jurídico que presenta la gestante acerca del procedimiento al que pretende someterse (tal como se ya dijera en el acápite anterior) conocimiento que infiero de los términos del escrito inicial y del dimensionamiento que es dable esperar de su condición de abogada que, además, ejerce como relatora de Poder Judicial de la Nación.

Resulta importante destacar que el hecho de encontrarse asistida jurídicamente por la letrada Dra. D -madre de J y suegra de A(comitentes)-, no es percibido o considerado por la misma como una circunstancia que pueda implicar una vulneración en el ejercicio de sus derechos, cuestión ésta que ha sido expresamente mencionada en oportunidad de la entrevista personal y sobre la que la joven, de modo contundente, expresó “*no advierto ninguna vulneración*” (sic) – fs.149 vuelta.

Por último, y especialmente, la ausencia de vulnerabilidad de la gestante se evidencia también en el ámbito psicológico, por cuanto corre agregado informe realizado por la Lic. E quien manifestó que: “*al momento de la entrevista la Sra. M expresa voluntad y deseo de llevar a cabo el procedimiento como madre subrogante, manifestando no recibir ningún tipo de condicionamiento o coerción por parte del matrimonio.*” (fs. 119).

En consecuencia y por lo expuesto, concluyo que tal como lo expresaron todos los intervinientes, intenciones altruistas, claramente humanitarias y solidarias basadas en el amor fraterno, son las que movilizan la decisión de M de llevar a cabo la gestación a favor de su hermana y de su cuñado.

5) Aptitud física, psicológica y psiquiátrica del matrimonio para ser comitente y de M para ser gestante.

La aptitud física del matrimonio para ser comitentes y de la Sra. M para ser gestante, se encuentra corroborada en el informe médico realizado en fecha 27 de junio de 2018 por la Dra. N, dependiente de XXX (fs. 103/104), del que

surge que: *“habiendo evaluado desde el punto de vista médico a A y J (aportantes de gametos), y a M (gestante), los mismos se encuentran en condiciones médicas de iniciar el tratamiento, previa autorización judicial”*. Oportuno resulta señalar que la circunstancia de que M sea nulípara, conforme se acredita a fs. 104, no ha constituido obstáculo alguno para el ofrecimiento que formulara de ser la gestante del/a/s hijo/a/s de su hermana y su cuñado, por lo que no habiendo norma alguna vigente que establezca este hecho como un requisito entiendo que basta su sola expresión de voluntad, en tanto persona adulta y capaz, para adoptar libre e informadamente su decisión de incluirse o excluirse de participar en este tipo de TRHA.

La aptitud psicológica del matrimonio para ser comitentes fue acreditada a fs. 123 y 126 en los informes efectuados por la Lic. Á quien, en cuanto al Sr. J, concluye que *“cuenta con la información pertinente al proceso que aspira realizar, así como también cuenta con capacidad de comprensión de las implicancias y riesgos que pudieran surgir. Posee clara conciencia de la situación. Al momento de la evaluación; desde el aspecto cognitivo, J posee capacidades intelectuales y discernimiento de sus actos en relación a los procedimientos, desde aspecto volitivo, manifiesta plena voluntad para realizar dicho proceso”*. En relación la Sra. A dictamina que *“A presenta capacidad para tomar esta decisión, desde el punto de vista cognitivo, posee capacidades intelectuales y discernimientos de sus actos en relación a los hechos. Así como también desde lo referido a la voluntad, es capaz de tomar una decisión de manera libre y autónoma.”*

Asimismo, en cuanto a M, a fs. 119 obra informe psicológico realizado por la Lic. E quien concluye que *“presenta plena conciencia, voluntad y libertad para llevar a cabo dicho procedimiento. Se sugiere acompañamiento terapéutico durante todo el proceso de gestación.”*

Suma a la evaluación interdisciplinaria de las partes en este proceso, abonando su aptitud para llevar adelante este procedimiento, con todas las implicancias que conlleva, los informes psiquiátricos realizados por la médica S al matrimonio, quien informa: *“Afectividad: eutimia, emocionalmente orientado a las implicancias del proceso de TRHA – por gestación por sustitución que esta por*

desarrollar. Cognición: orientación, juicio, sin alteraciones. Con Plena conciencia de situación y competencias para desarrollar el rol de padre...para desarrollar el rol de madre” (fs. 125 y 128).

Por último, en cuanto a M, la Dra. AMD de: *“Afectividad: eutimia, emocionalmente orientado a las implicancias del proceso a desarrollar. Cognición: orientación, juicio, memoria sin alteraciones. Con plena consciencia de su decisión y el rol que eventualmente desempeñaría en el marco del proceso (gestante), contando además con las competencias necesarias para llevarlo adelante” (fs. 122).*

Entrevista personal con el matrimonio y M

Por aplicación del principio de inmediación y en el convencimiento de que un encuentro personal con todos los intervinientes contribuiría a la formación de convicción en orden al conocimiento, comprensión y dimensionamiento que tienen del procedimiento y las implicancias del mismo, por proveído de fecha 14 de agosto de 2018 (fs. 145) se convocó a las partes a una entrevista en la que también participaron la Lic. F, Psicóloga del Gabinete Psicosocial y el Dr. A, Psiquiatra del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Tucumán.

A través de un diálogo ameno y extenso se pudo conocer que la imposibilidad de gestar de A fue un tema dialogado desde la época del noviazgo entre la Sra. A y el Sr. J; que la voluntad de gestar de M se ha manifestado no solo en ocasión de la articulación de esta pretensión sino que se remonta a algunos años atrás y que nace del deseo genuino y desinteresado de brindarle a su hermana y a su cuñado la posibilidad de concretar el anhelo de ser padres; que todos los intervinientes tienen amplio conocimiento del procedimiento y las implicancias personales y legales del mismo, advirtiéndose adecuadas condiciones psicológicas y físicas de todos los participantes para poder llevar adelante el mismo.

En efecto, al preguntársele al matrimonio acerca de si conocían el diagnóstico antes de casarse, ellos afirmaron que *“si, porque estuvieron 7 años de novios antes de casarse... y...era un tema muy hablado entre ellos en privado, como pareja.” (sic) - fs. 148.*

Se advierte que tuvieron siempre el deseo de ser padres pero que al inicio de su matrimonio no fue el objetivo principal. Que a medida que transcurrieron los años intentaron -sin éxito- la gestación por sustitución en la provincia de Mendoza “*J dice que esta solución solo existía en EEUU, y no lo evaluaron, ya que al principio de que se casaron, no fue un tema de su agenda principal, pero cuando transcurrió un tiempo de casados, salió esta posibilidad, la de Mendoza, y allí empezaron un camino, tratando todas las alternativas. Añade que fueron a Buenos Aires y no tenían solución, ya que era una temática muy nueva...*”. A la pregunta de la Lic. F acerca de “*¿Cuándo es que surge el deseo de ser padres? A dice que el deseo estuvo siempre, desde que se casaron en el 2009, más concretamente cuando empezaron a ver la posibilidad de este tipo de procedimientos y hasta había un plan B: la adopción. Primeramente acudieron a las TRHA. Considera que el tiempo que tuvieron para madurar la situación, jugó a su favor. J agrega diciendo que siempre supo que A no podía concebir y que no logra puntuar un hecho claro del nacimiento del deseo. A dice que el anteproyecto es del 2012, y ya lo habían visto. J postula que el tema de adopción no lo vieron en un principio, en razón de que empezó esta pequeña posibilidad de poder lograrlo, y si no daba resultado tal vez verían la posibilidad de adoptar. Ser padres es un proyecto de la pareja. Dice que si lo piensa bien nació el deseo cuando existió la posibilidad de este procedimiento. A relata que tienen muchos proyectos personales y como pareja, pero vieron esa posibilidad y quieren hacerlo...*”.

En cuanto a M se advierte que su disposición a participar en este proceso como gestante comenzó años atrás, pero que no se concretó antes debido a las circunstancias laborales y geográficas por las que atravesaba (ya que vivía en Buenos Aires). Sin embargo cuando vuelve a radicarse en Tucumán, en conocimiento de los avances que esta figura estaba teniendo a nivel legislativo (por su inclusión en el Anteproyecto del Código Civil y en otros proyectos de ley), los precedentes jurisprudenciales sobre esta cuestión y ante la viabilidad de este tipo de procedimiento a través de la institución XXX, la posibilidad de convertirse en gestante de su sobrino surgió de ella como una propuesta a su hermana. A continuación se transcribe lo pertinente de la entrevista: “*¿Cuándo empezaron a*

dialogar sobre la posibilidad de que M sea la gestante? M responde que cuando pasó el tema de su hermana de no poder tener un hijo, siempre se le pasó en su cabeza poder hacerlo, pero en el 2014 ella trabajaba en Buenos Aires, y trabajaba mucho, y se cuestionó la situación de poder llevarlo en ese momento de su vida porque las circunstancias no estaban dadas. Cuando se vuelve a Tucumán, en una charla con su hermana se entera que XXX cambió de posición y habilitó el procedimiento. J, expresa que pasaron por cuatro tratamientos en la Provincia de Mendoza, que fueron muy costosos, y las gestantes era un tema complicado coordinar, sumado al costo de los traslados y tratamientos. A agrega que ante el conocimiento de cambio de postura de XXX, tomando un café con su hermana es ella quien se ofreció a ser gestante. Toma la palabra la joven M y dice que en ese café ella le dijo que cuente con ella para ser la gestante, que siempre lo quiso hacer, pero ahora si puede porque trabaja medio día y vive en Tucumán, afirma que quiere hacerlo, que siente que no resigna nada al hacerlo, ya que antes ella estaba muy dedicada al trabajo y ahora su postura con el trabajo cambió, volvió a Tucumán y siente que ahora puede hacerlo. ¿Cómo surgió la propuesta? M dice que se postuló sola, pero que la viabilidad la pensaron en equipo los tres. A refiere a que en ese momento, en marzo de 2018, empezaron los estudios, y hablaron con XXX el tema legal, ya que el tema se desarrolló muchísimo, hubo un cambio legislativo, con mucha transición. Este tema siempre tuvo mala prensa. Al desarrollo que tuvo el tema en estos últimos años se suma que XXX queda cerca de nuestra casa, a cinco cuadras de la casa, y el tratamiento lo cubre la obra social. J agrega que este tratamiento ahora si lo cubre la obra social, es totalmente diferente... ¿M como vivencias ser la gestante de un hijo ajeno, tu sobrino? M responde que hablando con profesionales, siempre me quedé con el fin último, teniendo siempre en cuenta eso, el proceso se me hace más liviano. Es decir, si me da positivo, la felicidad que me produciría que ellos sean padres, suple todo. Seguramente, cuando nazca, será una situación especial. Durante todo este proceso yo estuve al lado de ellos, lo tengo naturalizado”.

También se pudo inferir que el deseo de ayudar al matrimonio a concretizar el anhelo de ser padres atraviesa a otros miembros de la familia: “...

¿Son ustedes las únicas hermanas? No, somos tres mujeres y un varón. ¿Qué dicen las otras hermanas? Mi otra hermana R también quiere ser gestante, y hasta reclama que nadie le consultó. ¿Este tema se ha dialogado con el resto de la familia? J responde es tema muy reservado. Si bien todos los saben, somos cuidadosos...”.

De gran importancia en la formación de la convicción de esta Sentenciante ha sido conocer el bagaje de información que tienen acerca de la TRHA de gestación por sustitución y como esa información, así como las experiencias que ha venido atravesando el matrimonio, ha forjado el posicionamiento subjetivo de cada uno de ellos en sus respectivos roles, incluida M quien, además por la proximidad del vínculo, viene acompañándolos a lo largo de los años. Definición de roles y funciones a cuyo esclarecimiento contribuye, sin duda, no solo el conocimiento jurídico que tienen sobre la materia sino -y fundamentalmente- el acompañamiento psicológico que reciben de sus respectivos psicólogos particulares: “...A manifiesta que decidimos hacerlo lo antes posible, por el cambio de postura, y empezamos a ver la parte médica, legal y sobre todo de M... ¿Cómo visualizan el proceso de gestación por sustitución, en lo emocional? J dice que M es muy compinche de mi mujer, es muy cercana a nuestra pareja, al igual que la otra hermana de mi mujer, me imagino que va a ser muy parecido. Vamos a acompañarla en todo, hasta acompañarla a que se suba un taxi. Pero tampoco acosarla, sino cuidarla, acompañarla. ¿M como vivencias ser la gestante de un hijo ajeno, tu sobrino? M responde que hablando con profesionales, siempre me quedé con el fin último, teniendo siempre en cuenta eso, el proceso se me hace más liviano. Es decir, si me da positivo, la felicidad que me produciría que ellos sean padres, suple todo. Seguramente, cuando nazca, será una situación especial. Durante todo este proceso yo estuve al lado de ellos, lo tengo naturalizado. Yo nunca estuve embarazada, igual voy paso a paso. ¿No se hacen la cabeza? Para nada, respondieron los tres. A enfatiza que están con los pies en la tierra, para no sentir frustración. ¿Tienen un buen manejo de la frustración? Si (contestaron los tres). J manifiesta que las experiencias por las que pasamos A y yo hacen que tengamos bien aprendidas las cosas negativas que pueden pasar. A continuación

expone S.S: Advierto e infiero del relato de ustedes que el fracaso de los tratamientos llevados adelante hasta ahora ha llevado a que -razonablemente- tengan un buen manejo de la frustración. Ahora lo que me pregunto es si el eventual éxito de este proceso de gestación también ha sido posible de dimensionar en todas sus implicancias dado no solo los cambios físicos que el embarazo conlleva sino también los cambios psicológicos en sus distintas etapas: la gestación, el día del parto, y los días posteriores, dado el particular vínculo entre los comitentes y los gestantes: M dice obvio que sí, somos un trío, eso sí: la lactancia no estaría a cargo mío. J dice que está todo pensado, porque ellos el negativo ya lo vieron cuatro veces, que incluso -a sabiendas de que es posible un nuevo fracaso- le dicen a M que se prepare más al resultado negativo que al positivo. Y si llegara a dar resultado, lo único que me preocupa son los riesgos en la salud de la gestante. Pero en principio les dijo la ginecóloga que el embarazo no necesariamente tiene riesgos, aunque como todo lo que involucra una cuestión médica es consciente que si no asumen el riesgo, no puede tener éxito este proyecto. A dice que pensamos todas las posibilidades y como reaccionaríamos en esos hechos, pero que irán viviendo este proceso paso a paso también. Añadiendo J que hasta los 9 meses, siempre voy a tener el miedo por la salud de la gestante, porque es conocida nuestra, en cambio a las anteriores gestantes no las conocíamos, no teníamos la relación que tenemos con M. Pensamos que situaciones como que M se pueda entristecer o que se yo todo lo que pueda pasarle desde el punto de vista de su salud, pero cuando uno piensa el final del camino creemos que todo se irá acomodando. M asiente diciendo que ella hace terapia, que lo consultó con su psiquiatra, y que está súper bien, y que la opinión de su terapeuta fue muy importante para que ella decidiera proponerle a su hermana ser la gestante. Además que se siente cuidada por el matrimonio, sumado a que es la terapeuta la que la conoce desde antes de que ella se fuera a vivir a Buenos Aires, confía plenamente en ella, y la Lic. AMD está dispuesta acompañarla en ese proceso. Cediendo la palabra al Dr. A, informa que la lactancia por mamadera no es negativa, solo es diferente, y que existen técnicas para desarrollar la lactancia en la mamá (A). A confirma la información del médico, diciendo que la sabía, pero no quieren adelantarse. M dice que nunca se le ocurrió

ser ella la que haga la lactancia “yo les entrego el bebe y me voy” (entre risas)... ¿Tuvieron tratamiento terapéuticos previos? A sostiene que sí, hace muchísimos años, pero puntualiza que este hecho (no poder anidar a su hijo) no es el problema de su vida, y solo lo habla con su psicóloga cuando hay una posibilidad concreta como es este el caso. ¿Vas a continuar el tratamiento? Si pienso continuarlo, y si me da positivo más. ¿Y usted M? Si yo lo hago hace un montón, y mi psicóloga sabe del tratamiento, fue la primera a la que se lo dije, y para mí era importante que ella lo sepa. ¿Y usted J? Yo lo hice solo en el marco de este proceso legal, pero me encantó cuando fui aunque no siento que lo necesito. Nos recibieron en forma individual y en conjunto con A. J puntualiza que el no tener hijo no fue un trauma, pero desea fielmente tener un bebé... M responde que ni se me pasa por la cabeza hacer ningún tipo de planteamientos. El niño es y será siempre de ellos..... M tiene claro que va ser tía? M responde que sí, J agrega que tal vez también sea la madrina...”.

Especial consideración merece el lugar que ocupa la información que tienen todos los involucrados acerca de las implicancias jurídicas de la gestación por sustitución. En efecto, todos ellos son abogados y han manifestado expresamente haberse informado de la cuestión jurídica vinculada a la temática, no solo en lo relativo al estadio legislativo de la figura, sino de los avances jurisprudenciales que se registran: “...¿En el marco de esa información, completa y profesional, qué lugar ocupa la información jurídica? A no hace familia, pero los tres estamos muy informados de toda la cuestión jurídica vinculada a esta temática. Los tres somos abogados y conocemos el derecho, aunque no nos dedicamos a familia. ¿Y usted M qué opina? Sí, siempre estamos leyendo en todos los fallos que van saliendo de la temática planteada. A manifiesta que, incluso, recibe información a través de otras abogadas especialistas en la temática. Relata que fueron presos del sistema, por no estar regulado este procedimiento, y siendo dos institutos los únicos que lo realizaban en el país en esos años, sintieron que tenían costos y cláusulas abusivas... ¿Considera que el manejo de la información y el conocimiento de las implicancias médico-jurídicas son iguales para los tres? J dice que la que más conoce es A, porque ella lo vivió desde el principio, y la M también, porque ellas se

van comentando sobre los fallos que existen. En las consecuencias, estamos en planos de igualdad... ¿M como vivís el eventual ejercicio del derecho como gestante a la luz del artículo 562 del CCyC?. M responde que ni se me pasa por la cabeza hacer ningún tipo de planteamientos. El niño es y será siempre de ellos...”.

Del contacto directo y personal con M puedo inferir que su decisión de ser gestante es el resultado de un proceso de reflexión libre, consciente e informado, adoptado con un dimensionamiento realista de la práctica médica a la que se sometería y de los alcances legales de gestar para su hermana y su cuñado. Que a su propia formación profesional se suma que interviene en esta causa con la asistencia jurídica de otra letrada y que la circunstancia de que esta última sea también miembro de la familia (madre de su cuñado y suegra de su hermana) en nada afecta al pleno ejercicio de todos los derechos que titulariza: “...Consideran que la circunstancia de que como gestante esté asistida jurídicamente por la Dra. D -que a su vez es la madre del Sr. J y suegra de su hermana de la gestante- podría implicar algún tipo de vulneración al ejercicio de los derechos de M? J sostiene que para la cuestión solicitada no lo ve como un conflicto, ya que los tres pedimos la autorización, y no vemos una situación conflictiva. Es decir, sostiene que se presentan ante el juez de una forma no conflictiva, ya que los intereses son comunes, conocen con mucho detalle de todo esto, y es muy difícil encontrar un abogado que conozca todo el tema y estén tan involucrados e informados como todos nosotros. A relata que los tres están muy implicados, tienen el conocimiento de la materia, son abogados, distinto sería si tuvieran otra profesión. D agrega que no hay posibilidad alguna que hoy haya intereses contrapuestos. M yo no advierto ninguna vulneración. Tengo total confianza en ellos. La Magistrada pregunta ¿ese interés común, esa convergencia, los cuatro podrían decir que es con conocimiento de las implicancias posteriores? Los cuatro contestan que sí. A refiere que una actitud que demuestra eso es que vienen a solicitar autorización judicial cuando en el código no te exige eso. ¿Considera que el manejo de la información y el conocimiento de las implicancias médico-jurídicas son iguales para los tres? J dice que la que más conoce es A, porque ella lo vivió desde el principio, y la M también, porque ellas se van comentando sobre los fallos que existen. En las consecuencias,

estamos en planos de igualdad. Con la otras gestantes, que no conocíamos, teníamos el miedo hasta de no conocer su estilo de vida durante el desarrollo de la gestación. En cuanto a las consecuencias médicas, quien más sabe es la M. Sostiene que cuando decidieron aceptar la propuesta de M, eso los obligó a involucrarse más sobre los riesgos para que M pueda realizarlo. ¿M como vivís el eventual ejercicio del derecho como gestante a la luz del artículo 562 del CCyC? M responde que ni se me pasa por la cabeza hacer ningún tipo de planteamientos. El niño es y será siempre de ellos. J dice que el patrocinio letrado de su madre es solo a los efectos de la autorización judicial peticionada, pero que nada impide que la M pueda concurrir con otra abogada cuando quiera. A dice que como su hermana es abogada el caso se presenta de otra manera, que ella tiene un conocimiento cierto y no está viciada su voluntad. J refiere a que ya no lo harían con una gestante desconocida, porque en esta situación no hay ningún interés económico, en cambio al ser una hermana, el planteamiento es diferente... J postula que además del acompañamiento psicológico va a estar el nuestro, y que esta situación es más sana en comparación de los otros hechos similares, porque la gestante no es una persona vulnerable ni psicológica, ni económica ni legalmente....”.

Si bien surge de las constancias de autos (fs. 129/143) que todos los intervinientes ya tienen conocimiento acerca de que el acceso a este tipo de TRHA requiere de la firma previa de un consentimiento pleno, libre e informado, así como de la forma en que debe prestarse, el alcance, la extensión y las oportunidades en que debe proporcionarse el mismo, se ha considerado conveniente dialogar con las partes en la audiencia sobre esta cuestión, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: “...se procede a la lectura del artículo 560 del CCyC y a este respecto los presentes expresan que es su deseo manifestar nuevamente su consentimiento informado, libre y formal para llevar adelante el proceso de gestación por sustitución ante el XXX de esta provincia. Y ello sin perjuicio del consentimiento que corresponda prestar ante la institución XXX en el marco de la intervención pertinente a la ejecución del procedimiento...”.

Ahora bien, dada la especial naturaleza de la cuestión traída a resolución, considera esta Magistrada que la mirada interdisciplinaria resulta de

relevante importancia para comprender el interés que subyace tras la posición de las partes y poder así proporcionar una respuesta judicial que satisfaga las reales necesidades de los justiciables.

En este sentido el asesoramiento de los profesionales de las ciencias de la conducta constituyen un aporte insoslayable sobre aspectos o factores a-normativos que tienen incidencia directa y concreta en las cuestiones sometidas a resolución judicial.

“A través de la colaboración de tales especialistas, accede el juez, no solamente a un diálogo más fecundo con las partes, a quienes acompañará en el desarrollo del proceso, sino a la construcción de un "sistema de comprensión" cuyo carácter interdisciplinario le permite "atender al contexto de la persona y a sus especialísimas circunstancias" (Villaverde, María S., Los equipos interdisciplinarios en el proceso de familia, en revista de Derecho de Familia, 2002- I, página 268, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

“El aporte de la interdisciplina (como afirma Augusto M. Morello) permitirá indagar –tras el pedido metafórico- la naturaleza de los verdaderos conflictos, con una comprensión más abarcadora de los problemas sometidos a su conocimiento, lo que conllevará la adopción de resoluciones más justas y que se compadezcan con la realidad” (Familia y Jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria, JA, 1990-IV-879).

Si bien la Psicóloga F y el Dr. A han participado activamente en el diálogo mantenido durante el desarrollo de la entrevista personal con todos los intervinientes, considero conveniente poner de resalto tanto lo que han concluido en dicha oportunidad, como lo que dictaminaron con posterioridad a la audiencia: *“...La Lic. F manifiesta que fuera de lo jurídico de la maternidad, en el plano psicológico la maternidad empieza desde que comienza el deseo de ser padres. La que va a darle al hijo el estatuto de tal, es justamente el deseo de la madre de ser madre y del padre ser padre, ejerciendo su función materna y paterna, y como psicóloga la deja tranquila las palabras vertidas por el matrimonio, porque son personas que quieren y van a cumplir esa misión. La lic. F resalta que el ser madre no define a la Sra A ni tampoco al Sr. J, dado que se los advierte desarrollados en otros aspectos personales. J agrega que hay cosas que no pueden asumir y más allá del vínculo*

que una a su hijo y a la M siempre le va a preocupar la salud de la gestante, más cuando es su cuñada, estando acompañada psicológicamente. La Licenciada F explica que experimentar un embarazo, en el cuerpo tiene sus consecuencias físicas y que se debe hacer un duelo de la panza, y luego de dejar el o los bebés. Entiende que M no estuvo embarazada, por lo que no atravesó un proceso corporal en este sentido. M entiende que este primer embarazo no lo es por un hijo propio. J agrega que hay cosas que no pueden controlar. La Lic. F postula importante el apoyo psicológico durante el proceso y sobre todo después, relatando que experimentar un embarazo en el cuerpo de la mujer tiene una consecuencia psíquica. J responde que siempre va haber fisuras por lo atípico de este procedimiento. D afirma que los tres se están preparando para todas las etapas. La Lic. F. le pregunta a M si le comentó a su pareja sobre este proceso, a lo que responde que H es mi novio, no mi pareja y él lo sabe y la apoya. J postula que además del acompañamiento psicológico va a estar el nuestro, y que esta situación es más sana en comparación de los otros hechos similares, porque la gestante no es una persona vulnerable ni psicológica, ni económica ni legalmente...Luego de oír a las partes y de la lectura del expediente con los respectivos informes psicológicos y psiquiátricos de cada uno de los implicados en el proceso, se infiere conciencia de situación e implicancia subjetiva de larga data, incluso habiéndose realizado, según obra en autos, tratamientos psicológicos, psiquiátricos y médicos. En este contexto de proceso terapéutico se vislumbra el deseo de ahijamiento de la pareja compuesta por el matrimonio conformado por el Sr. J y la Sra. A. Es necesario remarcar que para el devenir de un niño es fundamental el investimento del mismo por el deseo parental que propiciará el ejercicio de las funciones materna y paterna. Dichas funciones podrían ser ejercidas por los padres más allá de esta situación particular de gestación. Dado que es imposible definir a priori las consecuencias psíquicas que devendrían de la experiencia físico y psíquica de engendrar un/a niño/a en estas circunstancias, se sugiere que la Sra. M continúe bajo psicoterapia. Se hace constar que la Sra. A se encuentra actualmente bajo psicoterapia, por lo que se sugiere la continuidad de la misma” (fs. 153).

Resultando entonces que se encuentra acabadamente probada la imposibilidad de gestar de A y que, en consecuencia, la gestación por sustitución es la única técnica de reproducción humana asistida que puede concretizar el deseo del matrimonio de procrear, ¿la falta de una legislación especial que la prevea y la regule constituye un obstáculo para el acceso a la realización de dicha práctica médica por parte A, J y M?

Entiendo que del análisis de los derechos que titularizan cada uno de ellos, y desde una perspectiva constitucional y convencional, la respuesta negativa se impone. Veamos sumariamente algunos de ellos.

Derechos que titularizan el matrimonio y M.

A) Derecho a la autonomía personal - Libertad de intimidad.

Es el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permita desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros. Este derecho se encuentra contenido en el principio de reserva consagrado por el artículo 19 de nuestra C.N.

"El principio de autonomía personal que también podemos denominar de reserva o autoreferencia, está contenido en el artículo 19 de la Ley Fundamental. El precepto constitucional recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad en forma específica, como norma de apertura del sistema de derechos individuales." (conf. <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-autonomia-como-derecho-fundamental-de-los-pacientes>)

La doctrina sostuvo al respecto que: *"Este principio implica que cada persona adulta, mayor de edad –excluye a los menores– con consentimiento, es decir, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a los incapaces que no comprenden sus actos–, puede escoger el que considere “mejor plan de vida” para sí misma, aunque éste implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas –adultas y capaces– tienen derecho a realizar opciones, de conformidad*

con sus propios valores. Como contrapartida, debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer irracional o imprudente. Este criterio ha sido elaborado por la Corte Suprema en el precedente “Bahamondez” y ratificado en el fallo “Albarracini”. (Basterra, Marcela – Conf. <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-autonomia-como-derecho-fundamental-de-los-pacientes>)

B) Derecho a que se respete la vida privada y familiar.

Es el derecho que poseen las personas a que el desarrollo de su proyecto de autorrealización, que lleva implícita la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, se encuentre exento de todo tipo de injerencias arbitrarias.

El derecho al respeto de la vida privada se encuentra recogido en el marco jurídico internacional por los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

C) Derecho a fundar una familia.

Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión.

Nuestra Constitución Nacional expresamente establece que: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”* (artículo 42).

Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969), en su artículo 17, al expresar que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no-discriminación establecido en esta Convención”*. En igual sentido fue

recepcionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su artículo 23.

Afirma Kemelmajer de Carlucci que el C.C.yC.N. parte de una noción básica: *“...la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a ‘la naturaleza’; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.”* (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

D) Derecho a procrear – voluntad procreacional.

El derecho a procrear forma parte del grupo de los llamados derechos humanos de segunda generación, fundados en el principio de autodeterminación. Agrupa los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por primera vez en la Conferencia Mundial de Desarrollo (1984) y en la IV Conferencia Mundial de la Mujer (1995). 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, 2014, p. 13).

Por su parte la jurisprudencia ha definido la voluntad procreacional como “...el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Causa: NNODG M B M S/Inscripción de nacimiento – Juzgado Nacional de lo Instancia en lo Civil no 86 de fecha 18/06/13).

E) Derecho a la salud sexual y reproductiva.

El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia.

El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud.

La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no 14 - 2000).

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra nuestra Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de

Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) de, entre otros, : 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC– y art. 10, ley nacional 23.311), 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y art. 10, ley nacional 23.179).

F) 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.

G) 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).

"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).

H) Derecho a la no discriminación.

La singularidad de las circunstancias que llevan a los peticionantes a articular esta acción me permite concluir que, siendo titulares de todos los derechos que sumariamente se explicitaron en los párrafos anteriores, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde una obligada perspectiva de género- constituirse en un valladar para el acceso de este matrimonio a esta compleja TRHA, so pena de convalidarse – además- un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- (arts. 1; 2; 3; 5; 12 inc. 1; art. 16 inc. 1 pto. e) y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belem Do Pará- (arts. 1; 4 incs. a, b, c, f).

Entonces, si la única TRHA que permite al matrimonio concretizar todos los derechos que titularizan es la gestación por sustitución, es responsabilidad de esta Magistrada, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida que el matrimonio pueda cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia, el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total inobservancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH en las causas *“Artavia Murillo vs/ Costa Rica”*, *“Atala Riffo vs/Chile”* *“Furlan y Familiares vs/Argentina”* y *“Fornerón e hija vs/Argentina”*.

Resultando que el obstáculo para que el matrimonio acceda a la TRHA de gestación por sustitución no es de orden normativo, sino operativo al exigir la institución XXX como condición previa a la realización de la práctica médica la

autorización judicial, ésta deviene instrumentalmente necesaria e insoslayable, en razón de la cual corresponde sea otorgada.

Determinación filiatoria: Inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 561 del CCyCN

El artículo 562 del C.C.yC.N. establece que: *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los 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.”*

Si la gestación por sustitución es la única TRHA con la que el matrimonio (ambos, además, aportantes de los gametos) puede concretizar su voluntad procreacional y si esta voluntad es la que, para cualquier otra TRHA, define la maternidad/paternidad del/a/s nacido/a/s, lo establecido en el art. 562 del C.C.y.C.N., al consagrar la maternidad por el hecho del parto, deviene –a criterio de esta Sentenciante- inconstitucional e inconvencional, al resultar flagrantemente incongruente con todo el catálogo de derechos humanos que titularizan los hoy peticionantes, y también los que habrá de titularizar el/a/s niño/a/s que nazca/n a consecuencia de ésta práctica. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad que, en el marco del control difuso que esta Magistrada está llamada a hacer, corresponde así se declare.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que *“es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En*

otras palabras el Poder Judicial debe ejercer de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana" (cfr. "Almonacid Arrellano y otros y otros vs. Chile" Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124).

Sin desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (Fallos: 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros), las circunstancias excepcionales de esta causa, ameritan que el articulado del Código Civil y Comercial –en especial el art. 562 en cuestión- sea analizado a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22.

Y es que, el Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados Internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inc 22 del art. 75 de la Constitución Nacional. Esto fue sostenido en los precedentes jurisprudenciales referidos al control de constitucionalidad y respecto de la operatividad de los tratados internacionales (v.gr, "Ekmejdjián contra Sofovich" 07/07/1992, Fallos 315:1492, "Fibraca Constructora S.C.A contra Comisión Técnica Mixta Salto Grande" 07/07/1993, "Cafés La Virginia S.A.", 13/10/1994, Fallos 317:1282).

Teniendo en consideración las especiales circunstancias que rodean a esta causa y a la luz de los principios de no discriminación, de igualdad, de realidad, de tutela judicial efectiva e incluso el interés superior del niño, considera esta Proveyente que el artículo 562 del CCyCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, como ya se dijera.

En efecto, si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional (M.) pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CCyCN es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes si quieren serlo, desde siempre, y además, son sus reales progenitores.

Y es que si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable.

Si el matrimonio ha solicitado la intervención judicial a los fines de que quede preventivamente determinada la realidad filiatoria, es para obtener la seguridad jurídica de que, en este caso por aplicación del art. 562 del CCyCN, no se llegará a convalidar la ficción legal de tener por madre a quien lo/a/s dará a luz y nunca tuvo la voluntad procreacional que la definiera en su función materna.

Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse.

Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica y hasta el momento del parto inclusive –y obviamente-, se ajuste a la realidad biológica, genética y volitiva de sus progenitores y, por tanto, así sean registrados. Registración que, desde ya adelante, deberá así realizarse en todo tipo de documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s desde el mismo instante de su nacimiento.

La utilidad de este fallo deviene de su carácter preventivo y garantista, por la evitación de cualquier conculcación a los derechos humanos de las partes y de quien/es pudiere/n nacer.

Sobre este particular nuestra jurisprudencia local afirma que: *“...en ese marco de protección, los jueces revestimos el carácter de garantes de los Derechos Humanos y debemos acudir en su defensa cuando se vean sustancialmente perturbados... La declaración de inconstitucionalidad de una norma*

no es más que su inaplicación en el caso concreto, en que se evidencie la notoria injusticia que conllevaría el apego irrestricto al texto legal...” DRES.: VALLS DE ROMANO NORRI – ROJAS. (CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESSIONES - Sala 1 - N.A.R. Vs. R.L. S/ FILIACION - Nro. Sent: 199 Fecha Sentencia 16/04/2018).

Postergar un pronunciamiento en orden a la determinación de filiación en este caso, con todas las implicancias señaladas devendría en una irresponsabilidad funcional de quienes estamos llamados a remover todas las barreras que impidan una concreta satisfacción de todos los derechos humanos y, en especial, del interés superior del/a/s niño/a/s/ que vayan a nacer de esta TRHA de gestación por sustitución.

Siendo que la voluntad procreacional del matrimonio manifestada en el marco de la entrevista de fs. 152 (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrán de prestar ante la institución XXX en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CCyCN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquellos los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental.

Como afirma reconocida doctrina *“...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)”* (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; Regulación de la gestación por sustitución, La Ley, 10/09/2012, p.1)

Las juristas Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras sostuvieron que: *“La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA.”* (“Tratado de Derecho de Familia – Tomo nº II – Rubinzal – Culzoni - Pág. 509).

Que la voluntad procreacional es como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de

una TRHA, es lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del C.C.yC.N, cuando sostuvieron que: *“el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo”* (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento”).

En el Congreso Internacional de Derecho de las Familia, Niñez y Adolescencia realizado en la ciudad de Mendoza este año, la comisión n° 2 de Bioética y Familia “TRHA, Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona” concluyó tener a la voluntad procreacional como elemento que defina el vínculo filial y como el derecho personalísimo exteriorizado en el consentimiento informado, recomendando -respecto a la gestación por sustitución- que: *“Se debe modificar el actual artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el sentido de dejar en claro que les nacidos por gestación por sustitución no son hijos de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes han prestado su consentimiento informado, libre y previo”*.

Por lo expuesto y compartiendo plenamente los sendos fundamentos dados por la Sra. Defensora de Menores, y la Sra. Fiscal Civil, corresponde, para el caso concreto, declarar la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del art. 562 del CCyCN.

En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA –gestación por sustitución- será/n hijo/a/s del matrimonio, 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 del matrimonio 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 CCyCN.

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 del matrimonio 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 del matrimonio, toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizan como sus progenitores.

Dicho esto, resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061).

Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN).

“El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta...” (cfr. CNCiv. Sala G.C.R c/ C.P.E del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970).

En este caso, los peticionantes deben asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.

Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por la jurista Eleonora Lamm: *“...el principio es que los niños que nacen en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tienen derecho a saber que han nacido gracias al uso de esa técnica y tienen, también, derecho a conocer la identidad de la gestante. Por esto es que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial y a cualquier otro expediente que deberá conservarse a cualquier efecto...”* (cfr. Gestación por sustitución. Realidad y derecho. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio 2012).

Es por ello que, inherente a la obligación de 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 XXX 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.

Licencias por maternidad/paternidad – Licencia por gestación

Aunque no fue articulada como una pretensión de las partes, entiende esta Magistrada que no puede soslayarse un pronunciamiento sobre la cuestión de las licencias cuando la utilidad de este fallo radica precisamente en erigirse en un instrumento que preventivamente garantice la satisfacción de los derechos humanos de todos los involucrados, en especial del/a/s nacido/a/s por esta práctica médica.

Como en el presente caso la calidad de gestante y madre no están reunidas en una misma persona, corresponde distinguir la que haya de asignarse a M en razón de la gestación y el parto, de la que haya de asignarse al matrimonio en razón de su paternidad/maternidad del/a/s nacido/a/s.

Sin desconocer este derecho laboral del que gozan todos los adultos aquí involucrados, el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso- se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, tal como lo ordena el art. 3 de la CDN al establecer que *"...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales..., una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Ahora bien, dicho mandato exige una ponderación de las singulares circunstancias de cada caso a fin de dotar de contenido real lo que habrá de constituir la satisfacción del interés superior del niño."*

El/la/lo/s hijo/a/s tiene/n derecho/s a ser cuidado/a/s por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento -en este caso- puesto que ese contacto personal, directo e íntimo será fecundo a la construcción, desarrollo y fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial.

"El interés superior del niño debe ser entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia

histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática que presenta cada caso" (A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION s/ CASACION, SENTENCIA 4 de octubre de 2004, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RIO NEGRO, Sala CIVIL).

Siendo entonces que para el ejercicio de la función materno/paterno filial el matrimonio debe poder contar con tiempo de licencia laboral, esta Proveyente entiende que corresponde sea gozado desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. En el caso de la Sra. A, por el lapso que corresponda de acuerdo a lo normado por el Régimen de Licencias –Acordada nº 34/77, arts. 20- y concordantes y su modificatoria –Acordada nº 27/2017- respecto a partos múltiples (si este fuere el caso). Con relación al Sr. J, de conformidad a lo que a este respecto dispone la ley 5.473 –art. 27 y concordantes- y su decreto reglamentario 646/1-83 modificado por decreto 3147/1.

Con respecto a la gestante (Sra. M), y por aplicación del principio de realidad, aunque por las particularidades del caso ya se dijera que no revestirá la condición de madre, le corresponde su licencia en los términos y alcances de lo normado por el Régimen de Licencias –Acordada nº 34/77, arts. 20- y concordantes y su modificatoria –Acordada nº 27/2017- respecto a partos múltiples (si este fuere el caso).

A los efectos aquí establecidos, los interesados deberán informar tempestivamente a sus respectivos empleadores, de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que los rige en cada caso.

Costas: Se imponen a los peticionantes, atento a la naturaleza de solicitado.

Honorarios: Conforme las constancias de la causa, donde el Sr. J actúa por derecho propio y como patrocinante de la Sra. A, no corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre sus honorarios.

En cuanto a los emolumentos profesionales de la letrada D, quien actúa como patrocinante de la Sra. M, debe estarse a la renuncia efectuada por la misma a fs. 162.

Por ello,

RESUELVO:

I. AUTORIZAR a los Sres. **J, DNI N° XXX**, y **A, DNI N° XXX**, como comitentes, y a la Sra. **M, DNI N° XXX**, como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir todas las partes a prestar su consentimiento informado ante XXX. **HÁGASE SABER** que el consentimiento deberá efectuarse en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del CCyCN.

II. DECLARAR la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del CCyCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo considerado. Por lo tanto, **DEJAR DETERMINADO** que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto I de esta sentencia será/n hijo/a/s de la Sra. A y del Sr. J, debiendo informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, **HÁGASE SABER** a la institución XXX 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.

III. DISPONER que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitores (madre/padre) a la Sra. A, DNI N° XXX y al Sr. J, DNI N° XXX. Asimismo, **DISPONÉSE** 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 CCyN. Sin perjuicio de ello, a tenor del art. 64 del CCyCN,

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, Sra. A y Sr. J.

IV. ORDENAR que los únicos autorizados al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento – y alta médica mediante- serán sus progenitores, **J, DNI N° XXX, y/o A, DNI N° XXX.**

V. DEJAR ESTABLECIDO, con relación a las licencias laborales, que el matrimonio habrá de gozarlas –en su carácter de progenitores- desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Mientras que la Sra. M la habrá de gozar –en su carácter de gestante- por el período anterior y posterior al parto. Todo de conformidad a lo considerado.

VI. SUGERIR a la Sra. A, al Sr. J y a la Sra. M la continuidad de los tratamientos psicológicos.

VII. COSTAS PROCESALES se imponen a los peticionantes, conforme a lo considerado.

VIII. HONORARIOS, estése a lo considerado.

IX. En ejercicio del **PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y CELERIDAD**, y a fin de hacer conocer el contenido y alcance de la sentencia por sus destinatarios, **DISPÓNESE** -por Secretaría y ante la Proveyente- **LA LECTURA INTEGRAL DE LA MISMA.** A tales efectos, comparezcan por ante el Juzgado el Sr. J, las Sras. A, M y la letrada D, el día 27 de septiembre de 2018 a hs. 11.45. Efectivícese la convocatoria por Secretaría Actuarial y por conducto telefónico.

X. FIRME que sea la presente resolución, por Secretaria Actuarial expídase testimonio.

HÁGASE SABER.

Dra. Silvia Karina Lescano De Francesco

Jueza

