

AUTO NÚMERO

Córdoba, seis de agosto de dos mil dieciocho.-----

Y VISTOS: Estos autos caratulados “**A., M. T. y Otro – Solicita Homologación**” Expte SAC N° 7057134 de los que resulta: I. Que comparecen las Sras. M. T. A. DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C. DNI N° XX.XXX.XXX, quienes reclaman que se homologue el acuerdo que proponen y se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial. Expone la Sra. A. que en su proyecto de vida siempre estuvo presente la voluntad de tener un hijo independientemente si contaba o no con una pareja como para proyectar un hijo en común, y agrega que en ese cometido y al intentar someterse a una fertilización asistida al realizarse los estudios pertinentes para averiguar si su útero era apto para gestar un embarazo con donante anónimo en el año dos mil once, se le descubre que tiene un útero miomatoso, que en definitiva culminó con una histerectomía total, resultándole a partir de ese momento imposible gestar un hijo. Expone la Sra. A. que respecto de la Sra. P. C. la une una relación de amistad de mucho tiempo, que ambas son oriundas de XXXXXX, Provincia de Córdoba, relación de amistad que se extiende a la familia de ambas, y en razón de esa relación de amistad de tantos años, la Sra. P. C. de manera voluntaria le comentó a una prima, que con todo gusto le facilitaría su útero a los fines de concretar su proyecto de vida, y luego de conversar con la misma y en presencia de la hija de la Sra. P. C. expresó siempre estar al tanto y prestó conformidad a la participación activa de su madre para ayudarla a concretar su anhelo. Manifiesta la Sra. A. que le comentó a la Sra. P. C. con total detalle los estudios a los que debía someterse a fin de quedar embarazada, a lo que accedió convencida que su rol sería el de cuidar a su hijo por el tiempo de la gestación, haciendo viable la única posibilidad de ser madre con la que

cuenta, sin tener interés económico sino como un gesto netamente altruista basado de manera exclusiva en el vínculo habido y cultivado entre las familias de ambas, encarando luego el asesoramiento jurídico y médico. Relata la Sra. A. que para poder realizar la práctica de fertilización asistida se utilizarán óvulos y espermatozoides de donantes anónimos, es decir, que la gestante no aportará material genético, resultando los estudios médicos realizados en la persona de la Sra. M. D. P. C. que es apta para albergar al hijo durante el tiempo de la gestación uterina y óptimo para la implantación del embrión. Expone la Sra. A. que recurre a la ovodonación porque los propios, en función de su edad, resultan de baja calidad para poder intentar el tratamiento médico que pretende, y a renglón seguido expuso y detalló toda la normativa que considera aplicable al caso. Sostiene que la norma del art. 562 del CC y C resulta inconstitucional puesto que avanza sobre derechos personales que le asisten y que detalla, y además, considera que la práctica médica que describe en la demanda, al no estar expresamente prohibida se encuentra permitida; denuncia la falta de legislación al respecto, que no se contempla la conformación de las nuevas formas de familia y que distan de la familia tradicional, razones por las que insiste en que se declare la inconstitucionalidad de la norma aludida, su inaplicabilidad exponiendo los derechos que considera se le vulneran y concluye en que se autorice la práctica médica solicitada para que tanto ella como la clínica en que se realice operen bajo un manto legal, y que al nacer el niño se ordene su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo de la Sra M. T. A. II. Admitida formalmente la pretensión se citó a las comparecientes a una audiencia a fin de tomar contacto personal con las mismas, la que tuvo lugar con la presencia de la Sra. Fiscal de Familia. III. Se ordenó dar intervención al Equipo Técnico del Fuero, el que produjo el informe solicitado. IV. Se corrió traslado a la Sra. Fiscal de Familia respecto del planteo de

inconstitucionalidad esgrimido, evacuado por la misma de modo preciso, respecto de la cuestión y se expidió en sentido favorable a la denuncia de inconstitucionalidad. V. Dictado el decreto de autos pasó la causa a despacho.-----

Y CONSIDERANDO: I. Los autos llegan a estudio a a fin de resolver acerca de la petición de las Sras. M. T. A., DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C., DNI N° XX.XXX.XXX, por la que se reclama se homologue el acuerdo al que arribaran y que en definitiva se traduce en que la segunda gestará, mediante una técnica de reproducción humana asistida, un embrión formado con gametos de donantes anónimos y que a mérito de la voluntad procreacional que expusiera la Sra. A. , se declare la inconstitucionalidad del art 562 del CCyC.-----

II. Previo a ingresar en lo que es motivo de resolución específica en la causa, considero oportuno dar alguna respuesta a puntos concretos que se proponen en la demanda, lo que facilitará una mejor comprensión de lo que se resolverá.-----

II.1. A contrario de lo afirmado por la requirente, y en la medida que la Magistratura sea ejercida por personas humanas, resultará casi imposible encontrar un Juez que no tenga sus propias convicciones, valores que considera éticos y morales, y su propia perspectiva de opinión en determinadas y puntuales cuestiones, puesto que la conjunción de esos estándares hace a su propia formación profesional y lo define como persona.

El inconveniente puede producirse en caso que el Juez pretenda transformarse en “ juez de la vida” e intente imponer sus propias ideas y convicciones, dejando de lado la mirada que otras personas pueden tener y sostener sobre idéntica cuestión.-----

La diversidad de ideas y el debate sobre determinadas cuestiones, y más en lo jurídico, enriquece la cultura, mientras que la imposición de ideas, criterios y resoluciones en función de un principio de autoridad anula toda posibilidad de crecimiento.-----

II.2. Se reclama en la demanda una solución “rápida y expeditiva”. Resulta indudable e incontrovertido que los tiempos en el proceso, y más en los que se involucran derechos como el reclamado en autos, tiene una trascendencia vital para el justiciable, de ahí que siempre tiene al alcance de su mano remedios procesales para denunciar la demora en la tramitación de una causa, pero no debe confundirse rapidez con ligereza, puesto que determinadas cuestiones para que tengan una resolución más o menos aceptable y útil, pueden necesitar un tiempo de tramitación, y actividad de la parte y del Tribunal. -----

Sucede que, con motivo de publicaciones periodísticas acerca de resoluciones judiciales sobre técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, pareciera que cuestiones como las que aquí se ventilan, se despachan sin demasiados miramientos, como un mero trámite administrativo, lo que resulta incorrecto, desde mi modo de ver las cosas.-----

II.3. En la demanda y en cumplimiento de cargas procesales queda expuesta la vida privada de las partes, de ahí y como un punto de equilibrio, considero necesario poner en conocimiento de las requirentes que ninguna opinión o creencia que pueda tener teñirá el contenido de la resolución puesto que como lo expuse, no me considero “juez de la vida” de nadie, a lo sumo, y con agrado ejerzo la función jurisdiccional, pero nada más.

En los términos en que se resolverá la causa, se tendrá como único límite lo que considero que es el derecho aplicable. Tampoco me considero un “patán” en busca de una gloria efímera a costa del sentir de las personas que transitan el Tribunal a mi cargo.

De ahí que solicito, si se me permite, se tenga la absoluta tranquilidad que ninguna motivación que no sea jurídica, y con mis propias limitaciones, se podrá encontrar en el discurso de la presente resolución.-----

II.4. Respetuosamente me permito disentir con las comparecientes, en cuanto afirman en la demanda, que existen distintos tipos de familia y no solo la tradicional. Considero que cualquier ensayo acerca del modo en que se conforma una familia, más allá de términos estadísticos, tiene un tinte discriminatorio, puesto que cada persona forma y conforma la familia que quiere, y que puede. Nada más.-----

III. La sanción y posterior entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación incorporó como una nueva fuente de filiación, a las ya contenidas en el Código Civil de Velez, la derivada de las técnicas de reproducción humana asistidas, y que no hace falta demasiado ingenio para advertir que su inclusión en el nuevo ordenamiento vino de la mano del avance de las ciencias biológicas, y el consiguiente reclamo social.-----

Tal vez, hasta para el propio Velez Sarsfield era impensado el avance de esas ciencias allá por finales del siglo XIX, al nivel en que se llevan adelante en la actualidad.-----

IV. Le asiste razón a la requirente cuando sostiene que la gestación por sustitución no se encuentra legislada en Código Civil y Comercial, a diferencia de la previsión que sí contenía el anteproyecto del año dos mil doce.-----

No obstante, la gestación por sustitución, es una especie dentro del género de las técnicas de reproducción humana asistida, cuestión que bien puede buscar una solución en la regulación legal de las mismas y en la leyes especiales que la rigen, ya que se trata en definitiva, que una mujer geste en su útero un hijo y que luego su filiación sea atribuída a

otra persona en función de la voluntad procreacional de la comitente, y de la ausencia – como en el caso de autos- de voluntad procreacional de la gestante y de nexo biológico entre ésta y la persona nacida mediante el uso de la técnica.-----

Tal vez, lo que se denuncia como una omisión legislativa puede que a la postre no sea tal, en la medida que la ciencia progrese, puesto que la reproducción humana médicamente asistida no se detiene en su avance, y que no se agota en la fertilización del óvulo mediante dicha técnica, sino que también, y sin dudas abarcará el diagnóstico preimplantacional, la corrección genética de alguna falla en la conformación del ADN, etc.-----

En autos, la hipótesis que se presenta no es la “simple gestación por sustitución” que fue deliberadamente excluida de toda previsión en el Código Civil y Comercial de la Nación, quedando la cuestión resuelta al amparo de la norma del art. 562 del mismo.-----

Dentro del abanico de posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas el Código Civil y Comercial sólo se detuvo en aquella en que la gestante, a la postre será la progenitora del hijo nacido luego de llevar adelante el embarazo. Pero pasó por alto, y pese a reconocer la validez del matrimonio y de las uniones convivenciales entre personas del mismo sexo, que resulta biológicamente imposible que puedan llegar a tener hijos en común o generar descendencia sino es por vía de la adopción. A modo de ejemplo, bien puede suceder que en un matrimonio o unión convivencial de dos mujeres una ofrezca sus óvulos y la otra el útero para el desarrollo del embrión, y en tal caso, la gestante “biólogicamente” hablando no sería la madre del niño así nacido.-----

En definitiva existen muchas situaciones que expresamente no se encuentran contempladas en el Código Civil y Comercial, pero que las resuelve con la solución que emana de la norma del art 562, y que puede no sea la pretendida por las personas-----

Respetuosamente, me voy a permitir disentir con la requirente y con toda la doctrina autoral y jurisprudencial que se cita, respecto a la interpretación del principio constitucional de reserva en cuanto a que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (arg. art. 19 C.N), tal principio considero que es de aplicación en ámbito del derecho penal, y tiene su fundamento, justamente, en evitar la arbitrariedad judicial en que se podría incurrir, en caso que cada juez detentara el poder suficiente para decidir que conducta es punible y que conducta no lo es.-----

En el Derecho de Familia existen normas que sin duda avanzan sobre la libertad individual de las personas -nos guste o no nos guste- y seguramente en miras a un interés que es superior para la comunidad jurídicamente organizadas: la edad para contraer matrimonio, la prohibición de contraer matrimonio entre parientes y en los grados que determina la ley, la edad mínima para adoptar, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la prohibición de “entregas directas” en guarda con fines de adopción, las prohibiciones para celebrar determinados contratos entre cónyuges, etc.. Se trata en definitiva de impedimentos legales que limitan la libertad de las personas.-----

En el ámbito del Derecho Civil más allá de la regulación normativa específica de cada institución, existen otros estándares jurídicos que se deben respetar, como la moral, el orden

público y las buenas costumbres, sin perder de vista que el objeto de toda contratación debe ser además de lícito, jurídicamente posible.-----

En el caso de autos no existe la “falta de previsión normativa” invocada puesto que claramente el Código Civil y Comercial de la Nación -en lo que aquí interesa- 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.”* (arg.art 652 CCC) y, en ese orden normativo, sigue la línea conceptual de la filiación por naturaleza, que junto a la que aquí nos convoca y de la adopción, son las tres únicas vertientes o causa eficiente que se reconoce a la filiación.-----

Así, y por vía de negación, la situación de autos lejos de no encontrarse regulada, sí lo está, y no la autoriza del modo en que se pretende, puesto que la maternidad siempre será atribuída a quien da a luz al “hijo”.-----

La solución del Código Civil y Comercial en definitiva, es sencilla. 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.-----

Se podrá o no discutir la técnica legislativa del Código Civil y Comercial de la Nación, queda a discreción de quien lo intente, del mismo modo en que no cabe, en una resolución judicial, un debate de lege ferenda acerca de las omisiones legislativas que se denuncian, puesto que lo real y cierto es que la ley sólo regula la filiación en los términos que señalara más arriba, y por tanto, la que deriva de las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, quedan resueltas al amparo de la norma del art. 562 CC y C.-----

Así, y como bien lo señala la Sra. Fiscal de Familia en su dictamen, cuando como en el caso de autos, se pretende llevar adelante un procedimiento médico de reproducción humana asistida que para la ley, tiene un resultado distinto al pretendido en la demanda, necesariamente y a fin de evitar posteriores y posibles perjuicios para las partes y para la persona nacida, la cuestión debe ser judicializada como ocurre en autos.-----

V. Expuse más arriba que el ejercicio de un cargo no me transforma en Juez de la vida de nadie, y mucho menos me considero una persona “aséptica” en el sentido de no tomar dimensión de la problemática humana. Expuse a las requirentes que tal vez a una de las pocas cosas que no se le puede escapar es al destino, sin caer en determinismos, ya que la misma cara y preocupación con que se presentaron a la audiencia, las viví desde temprana edad, puesto que mi padre, en vida fue ginecólogo con especialidad en tratamiento de esterilidad y fertilidad, con otros procedimientos sin dudas y a quien desde niño acompañé en el ejercicio de su profesión. Conozco de cerca y por haberlo visto, el dolor y el sufrimiento que trae aparejado no solo la imposibilidad de tener hijos, sino también cuando el embarazo se difiere en el tiempo.-----

Y resulta hasta casi imposible para cualquier persona con una sensibilidad media, aún en tiempos como en los que vivimos y en una sociedad cuasi caníbal en donde pareciera que el vale todo se impone, no conmoverse ante una persona que reclama ser madre o ser padre, más aun para aquellos que tenemos hijos.-----

La entrevista personal con las partes en los procesos de familia, según entiendo, no tiene por objeto interrogarlas y averiguar acerca de su vida, sino más bien, es un modo amable de conocimiento entre las partes y quien ocasionalmente tiene la facultad de decidir acerca de su futuro, y en una cuestión tan sensible y humana como el derecho a ser madre adquiera

real dimensión de la problemática que atraviesa, para lo cual se necesita una escucha abierta y despojada de las propias limitaciones del juzgador. La inmediatez y el contacto personal con las partes, no es una mera formalidad a cumplir que queda certificada en un expediente judicial.-----

Expuse a las Sras. M. T. A. y M. D. P. C. que podían tener la absoluta tranquilidad que no estaban en manos de “un loco”, en sentido que antepondría intereses, creencias y percepciones personales a una decisión que considere justa y justificada en derecho, no mostrándome indiferente a la forma en que piensan, expresan sus sentimientos y la voluntad de la Sra. A. de ser madre, puesto que jamás podría proceder de ese modo. Puede que tenga el defecto que se quiera inventar o pensar, pero no soy indolente, lo que no me releva de cumplir con la función judicial que se me encargara, aún de modo transitorio, conforme a derecho.-----

La situación de autos, y como lo expusiera en aquella audiencia, de nueva tiene poco y nada, puesto que las técnica de reproducción médicamente asistidas se remontan mínimamente a comienzo de los años noventa, en cuanto a su realización en el país, y la misma crítica que hoy recibe el Código Civil y Comercial, bien podría haberse esgrimido en contra del Código Civil de Velez Sarsfield, esto es, denunciar la inconstitucionalidad de la determinación de la maternidad y que se mantenga en reserva la identidad del padre, permitiendo que el embarazo curse en el vientre de quien luego, no sería la madre del niño nacido.-----

La Sra A., y por las propias constancias de autos, se ve impedida de gestar un hijo como consecuencia de la histerectomía a la que fue sometida y expuso que no era su voluntad

acudir a la institución de la adopción, que sin dudas le llevaría un tiempo considerable hasta que se hiciera efectiva la entrega en guarda de un niño o niña con tal fin.-----

VI. La situación fáctica de autos puede resultar hasta sencilla si se advierte que una persona, la Sra. A., anatómicamente impedida de cursar un embarazo mantiene su deseo y voluntad de ser madre, sin acudir a la institución de la adopción que en lo personal rescato y valoro como un medio de acunar a niños/niñas y adolescentes y propenderles y suplir aquellas carencias que su familia de origen no puede o no se encuentra en condiciones de brindarles.-----

No puedo dejar pasar por alto que por la edad de la Sra. A., su inclusión en el Registro Único de Adoptantes puede dificultar en el tiempo la guarda con fines de adopción más aún cuando las entregas directas se encuentran expresamente prohibidas, y además ese proceso de adopción no le permitiría, como lo expuso la Sra. A., acompañar a la gestante en el embarazo de quien reclama luego que se inscriba como su hijo.-----

En esta carátula tampoco corresponde invocar por las partes ni por quien suscribe el interés superior del niño, puesto que en lo inmediato de lo que se trata es de brindar respuesta a la pretensión de la Sra A., y luego, y una vez nacido el hijo en la forma en que propone su gestación, recién se podrá comenzar a invocar el mejor interés que le corresponda.-----

VII. En consecuencia nos encontramos frente a una mujer que invoca el derecho y su voluntad a formar una familia, que detenta una edad que en función del promedio de vida, le permite encarar aquel proyecto, que por una patología médica no tiene útero, pese a lo cual la acompaña una persona de su amistad, en “prestar” su útero para la gestación de un embarazo, que sus óvulos y en razón de su edad no resultan de la calidad esperada, que las

ciencias biológicas permiten realizar un procedimiento médico para lograr el embarazo deseado, que la persona gestante tiene pleno y cabal conocimiento y voluntad, que la persona que gestará, no es su hijo; pero la Sra. A. encuentra un límite legal, que es la determinación de la maternidad por el parto, a quien la ley, se la atribuye y mantiene mientras no sea cuestionada, por medio de la acción de estado correspondiente.----- -

Frente a tal panorama y más allá de si el legislador “olvidó” o deliberadamente omitió por cuestiones ajenas al derecho pero parasitarias del mismo, como son los factores y grupos de poder, legislar la cuestión que se plantea en la causa, lo real y cierto, es que lo único que corresponde indagar, es si la situación en que se encuentra la Sra. A. puede ser atendida por el derecho, o por el contrario, confinarla a postergar su derecho a formar una familia; la familia que ella desea conformar o a intentar una adopción para la que no tiene voluntad.---

VIII. La respuesta necesariamente debe provenir del derecho y es ahí cuando se autoriza la declaración de inconstitucionalidad de una norma que afecta un derecho subjetivo, sin mayores explicaciones.-----

IX. La Sra. Fiscal de Familia se encarga en su dictamen de ensayar de modo más que correcto, y que por tanto lo comparto plenamente, los requisitos que debe reunir un planteo de inconstitucionalidad, en cuanto a la legitimidad de quien lo intenta, la temporaneidad, y la existencia de un “caso”.-----

Agrego, que tiene resuelto la CSJN *“el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso "Ganadera Los Lagos" (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte*

implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay, el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el Ambito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20) Pero cuando un Estado ha ratificado 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21). Recientemente el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. (..) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...) Desde

esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.” (CSJN 27.11.2012 "Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otra c Ejército Argentino si daños y perjuicios”) -----

La doctrina transcripta expone con claridad que la Corte Federal expresamente reserva al Poder Judicial, y en especial a los jueces, la realización de oficio de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de toda norma que deba aplicar en un caso concreto.-----

La especial situación de la causa radica en que se trata de una “gestación por sustitución” en la que los gametos que se utilizaran para la formación del embrión provienen de donantes anónimos, es decir, que la Sra. A. no aporta material genético; situación distinta a supuestos en donde sólo se trató de una gestación por sustitución, y en la que el embrión se formó con gametos de la comitente.-----

Es entonces, y como lo dijera, que se autoriza a declarar la inconstitucionalidad de una norma, y así remover el obstáculo jurídico que su aplicación trae aparejada en relación a la

satisfacción de un derecho. Es por ese motivo, que no resulta válida de declaración de inconstitucionalidad de una norma de modo abstracto y genérico, sino que se necesita esta frente a un caso concreto.-----

No debe perderse de vista que en el reparto de competencias que la Constitución Nacional al organizar la república, veda a los jueces la posibilidad de crear derecho, es decir, no se les otorga facultades legisferantes propias del Congreso de la Nación, recordando que tanto el Congreso, como el Poder Ejecutivo en los distintos estadios de formación de las leyes necesariamente realizan un test de constitucionalidad y de convencionalidad para que la nueva ley, no avance sobre normas de jerarquía superior, puesto que de lo contrario se conduciría a un caos normativo.-----

En última instancia y en las facultades conferidas al Poder Judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, que a la postre es la máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces para así decidirlo, lo contrario significaría una autoatribución de facultades incompatibles con un sistema republicano. Que sentido tendría un congreso de la Nación si los jueces se atribuyeran la potestad de transformar a sus decisiones en Ley? Ninguno.-----

X. Indudablemente que para analizar si una norma es o no constitucional debe valorarse además de la situación jurídica, el momento y en entorno social en que se formula el planteo, o bien, desde que oficiosamente el Juez decide expedirse sobre la cuestión.-----

Desde un punto de vista puramente objetivo se advierte que los argentinos atravesamos un momento de nuestra historia en donde discutimos cuestiones que hace un par de décadas parecían imposibles de plantearse, a saber: si corresponde despenalizar la interrupción

voluntaria del embarazo, si es legal el consumo personal y el cultivo de alguna sustancia hasta hoy prohibidas, las tensiones para que se reconozcan de una buena vez y para siempre las distintas conformaciones de una familia, el reconocimiento pleno de todos los derechos que nos asisten sin interesar -y por no corresponder- la identidad o elección sexual de las personas humanas, y también, cuestiones como las que nos ocupan en la causa, las técnicas de reproducción médicamente asistidas, y que como lo dijera, permitirán sin dudas desde la selección de un embrión a implantar, el diagnóstico prenatal y hasta los denominados “bebés de diseño”, situaciones estas últimas que seguramente escapan al contralor del derecho, y me refiero concretamente a la selección de los gametos para formar el embrión y, luego la elección del mismo para su posterior implantación.-----

XI. Se invocan cada vez más derechos enumerados en Tratados Internacionales, y que con solo “mirar por la ventana” se advierte que no se cumplen ni lo más elementales. No creo ser la única persona en el país, a la que un niño intenta lavar el vidrio de un auto, y permanecemos impávidos, y el Estado distraído, cuando sin convertirse en un “Estado gendarme” debiera acudir en socorro de ese niño. Las personas con discapacidad encuentran dificultades no sólo por falta de una adecuada adaptación de la sociedad, sino que además, creemos que la inclusión se hará efectiva a partir de un lenguaje neutro y sin género, utilizando la “e”.-----

XII. Retomando lo que venía desarrollando, la ciencia médica al día de la fecha, cuenta con recursos para intentar lograr la gestación del embarazo en el modo pretendido por la Sra. A., y al que prestara consentimiento la gestante.-----

Queda claro entonces y surge de los términos de la demanda, que existe por parte de la Sra. A. voluntad procreacional, que se traduce ni más ni menos -y dicho sencillamente- en su

deseo de ser madre, que es distinto a ser progenitora, libremente expresado ante un Tribunal y valorada por un equipo interdisciplinario..-----

Existe además una Ley, que regula la reproducción médicamente asistida, y en fecha reciente se prolongó, a modo de dato, la edad para gestar un embarazo con óvulos donados hasta los cincuenta y dos años, la crónica periodística da cuenta que se avanza en el trasplante de útero.-----

Quiere decir entonces que la única limitación que se presenta en la causa para la procedencia de la acción impetrada es jurídica y radica en la norma del art. 562 del CC y C.-----

XIII. En el caso concreto y específico de la Sra. A. , encarar un proceso de adopción con la admisión en el Registro Único de Adoptantes y seguir luego el proceso, le demandará un tiempo más o menos prolongado, lo que influye en atención a su edad; además la misma carece de útero para gestar un embarazo y sus óvulos en función de su edad actual -y aún para un profano- dificultaría el proceso de fertilización mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida, y con ello se postergaría o, en su caso, se le negaría el derecho a ser madre y conformar su familia. Pero lo que sí está en condiciones de afrontar la Sra. A. es lograr un embrión mediante la donación de óvulo y espermatozoides que implantado en el útero de la gestante, le otorgue una posibilidad más o menos cierta - puesto que tratándose de procedimientos médicos no cabe hablar de certezas- de cumplir su deseo de ser madre.-----

En consecuencia, 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.-----

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y C 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 por ser la persona que dio a luz.-----

Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización.-----

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

XIV. La homologación del acuerdo que se pretende no es otra cosa que otorgarle fuerza de ley, para las partes, a una contratación privada. Bien señala la Sra. Fiscal de Familia que

cuando se homologa un acuerdo de partes debe tenerse en consideración si resulta ejecutable, ante el posible incumplimiento de alguna de las partes contratantes.-----

Ello es así porque en el convenio acompañado en autos, en su cumplimiento, se encuentran involucrados derechos inalienables de las personas, cuyo ejercicio no pueden ser limitados ni tampoco coercitivamente compelidos a realizar. No obstante, tanto la Sra. A. como la Sra. P. C. han expresado libremente su voluntad ante el Tribunal 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 (arg.art. 1198 CC de Velez), 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 CCyC, e inscribir luego en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana, nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. P. C., como hijo de la Sra. M. T. A., puesto que con la Sra. P. C. no tiene vínculo biológico, y tampoco existe en ella una voluntad procreacional, siendo su voluntad la de llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. A. -----

La intervención del equipo técnico del Fuero ratifica tal afirmación desde que concluye *“La Sra. P. presenta claridad en torno a la gestación por subrogación, conociendo sus límites y alcances, considerando que ella presta un órgano necesario para que el proyecto de maternidad de la Sra. A. se concrete. La Sra. A. presenta un fuerte anhelo de concretar su proyecto vital en torno a la maternidad, donde la tramitación legal previa constituye una condición necesaria para habilitarlo”*-----

XV. Recomendar a la Sra. M. T. A. que ponga en conocimiento del hijo, una vez nacido, su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo.-----

XVI. Finalmente desde lo personal y desde lo funcional sólo resta desearle a la Sra. A. y a la Sra. P. C. éxitos en la realización del procedimiento médico, se acompañen durante el embarazo y, que la Sra. A. pueda conformar la familia que tanto ansía; y sin que se deba entender como una obligación, que no corresponde, mantenga informado al Tribunal -sin formalidad alguna, por supuesto, el avance del embarazo y el nacimiento del bebé.-----

XVII. Las costas del presente atento la naturaleza de lo resuelto en que no media oposición se distribuyen por el orden causado, y por tanto no regulo honorarios profesionales a las letradas intervinientes atento lo dispuesto por el art. 1, 2 y 26 del Cód.Arancelario.-----

Por lo expuesto y oída que fuera la Sra. Fiscal de Familia.-----

RESUELVO I. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CC y C en el caso de autos, en cuanto determina que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida, es hijo de quién la dio a luz y de quien prestó el consentimiento informado, y por tanto autorizar a la Sras. M. T. A. DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C. DNI N° XX.XXX.XXX a concurrir al centro de salud de su elección especialmente habilitado, en donde luego de prestar el consentimiento informado en los términos del art. 560 y 561 del CC y C, y llevar adelante la práctica biomédica consistente en la implantación de un embrión en la persona de la Sra. M. D. P. C., formado a partir de gametos aportados por donantes anónimos, se deberá inscribir a la persona humana así

nacida en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de la Sra. M. T. A., DNI N° XX.XXX.XXX , toda vez que respecto de la Sra. M. D. P. C. no tiene nexo biológico y tampoco existe en ella una voluntad procreacional, su voluntad es llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. A. .----

II. Recomendar a la Sra. M. T. A. que ponga en conocimiento del hijo su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo.-----

III. Tener presente lo relacionado en el considerando XV de la presente.-----

IV. Distribuir las costas por el orden causado y no regular honorarios a las letradas intervinientes en los términos y de conformidad a lo dispuesto por el art. 1, 2 y 26 del Cód. Arancelario. **PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER y DESE COPIA.-**