

Córdoba, trece de agosto de dos mil diecinueve. **VISTOS**: Los autos caratulados: "**F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION**", de los que resulta que: **D**) A fs. 1/23 comparecen los Sres. C F, A A L y G P del V R V, con el patrocinio letrado del Dr. N E G y solicitan la homologación del acuerdo de voluntad procreacional arribado y consecuente autorización para llevar adelante una de las Técnicas Complejas de Reproducción Humana Asistida, denominada gestación por sustitución. Señalan que los aspectos sustanciales del acuerdo arribado por las partes surgen de la escritura pública N°, F°, Año 2018, de fecha 12/12/2018 que a tal efecto fue suscripta, manifestando todos los intervinientes que el mismo ha sido el fruto del pleno y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Asimismo dejan planteada la inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, ya que el mismo atenta contra los derechos fundamentales de los suscriptos los cuales poseen raigambre constitucional. Alegan que dadas las limitaciones patológicas que tornan inviable la gestación por parte de la Sra. C F (Madre Intencional), será para el caso, la gestación por sustitución la única Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)), a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad (art. 24 CADH), y a conformar una familia (art. 17 CADH). Se pone en conocimiento del Tribunal que el Sr. P M U, concubino de la Sra. R (Gestante), manifiesta con la suscripción del presente, su plena conformidad respecto a la práctica a la cual se someterá su pareja, habiendo sido informado acerca de todas las cuestiones tanto jurídicas como médicas. Hechos. Antecedentes Familiares: Relatan que fue por el año 2007 que C y A (padres intencionales) se conocieron a partir de la presentación de amigos en común, contrayendo nupcias el 11 de Noviembre del año

2011. Explican que con anterioridad al casamiento, C se realizó varios estudios médicos de rutina con el objeto de planificar la llegada del primer hijo de ambos, los cuales arrojaron como resultado la existencia de miomas en las paredes de su útero, recomendando el médico tratante en aquel entonces realizar una cirugía (miomectomía), la que se llevó a cabo en marzo de 2012. Refieren que transcurrido un año desde la intervención quirúrgica A y C comenzaron la búsqueda de su primer hijo, pero pasado un tiempo y observando que el tan ansiado embarazo no llegaba, en el año 2016 deciden someterse a un tratamiento de fertilización de baja complejidad, no obteniendo resultados positivos. Aluden que durante el año 2017 C fue sometida a un segundo tratamiento de fertilización (medicamento denominado tto ICSI), que lamentablemente no tuvo resultado positivo, a raíz de la 'existencia de nuevos miomas y demás complicaciones. Añaden que a fines del año 2017 el médico tratante de la Sra. F en aquel momento, recomendó una nueva cirugía para extraer los nuevos miomas que presentaba el útero de C. No convencidos con dicho diagnóstico la pareja a principios del 2018 realiza una interconsulta con el Dr. E del H P, quien desaconseja una nueva cirugía ya que esto no aseguraría la posibilidad de que C quedara embarazada, sino que además corría el riesgo de perder el útero, recomendando la gestación por sustitución como una alternativa posible derivando a la Sra. F a la clínica N a cargo del Dr. S S. Refieren que frente a dicho panorama C, acompañada en todo momento por A, desiste de la idea de someterse a una nueva cirugía, aclarando que en ningún momento renunció a su objetivo de llevar adelante su proyecto familiar y su sueño de ser madre. Fue así que ambos comenzaron a realizar las primeras averiguaciones médicas y jurídicas en relación a la gestación por sustitución y sus posibilidades en Argentina. Explican que tales inquietudes fueron comentadas por C en su grupo de amigas más cercano, lo que

motivó que en agosto del corriente (léase 2018) recibió un llamado telefónico de su amiga P quien le comentó que ella se ofrecería a ser la gestante de su futuro hijo, explicando que tal decisión había sido consensuada y reflexionada con P (su actual pareja) y que su principal motivación era poder darle a C y A la posibilidad de concretar su tan ansiado proyecto familiar. Aclaran que P demostró en todo momento un altísimo grado de convicción y seguridad, expresando en reiteradas oportunidades que cuidaría del bebé por el término de nueve meses, no teniendo inconvenientes en portar su embarazo debido a que ella no tiene interés en volver a ser madre, siéndolo ya de dos (2) hijos; sino que su motivación principal la encuentra en la necesidad de ser solidaria con C. En definitiva, C y A desean celebrar su amor con la llegada de un hijo siendo la gestación por sustitución la única opción para finalmente concretar el proyecto familiar tan anhelado. Finalmente, solicitan se homologue el acuerdo y se ordene realizar la práctica de gestación por sustitución correspondiente, ordenando, para el caso de que el niño/a nazca con vida, que el mismo sea inscripto como hijo de los padres intencionales Sres. C F y A A L. Estudios Médicos Realizados. Describen que a los fines de poder realizar la práctica solicitada se realizaron los estudios médicos pertinentes para determinar, por un lado, la fertilidad de los espermatozoides del Sr. A L (aportante de gametos) teniendo en cuenta que -se tratará, de una inseminación artificial homóloga y, por el otro, la aptitud psicofísica de la gestante Sra. P R V. Informan que tales estudios han arrojado resultados positivos. Descripción General del Procedimiento de Fertilización ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) - Gestación por Sustitución: En cuanto al procedimiento de fertilización ICSI a llevar a cabo aclaran que el embrión sería obtenido a partir de los gametos aportados por el Sr. L y un óvulo de donante anónima (ovodonación) que se encuentra criopreservado en el Banco de Óvulos

respectivo y que posteriormente será implantado en el útero de la Gestante, conformándose así la práctica de Gestación por Sustitución. Fundamentos Jurídicos – Principios. Principio de Reserva (art. 19 Constitución Nacional): Destacan que la carencia de la figura en nuestro derecho de fondo, no debe interpretarse como la existencia de una prohibición efectiva sobre la práctica, ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de "prohibidas" o "ilegales" las circunstancias no receptadas expresamente por aquel. Enfatizan que la no recepción expresa o tipificación de la figura de la gestación por sustitución en los códigos de fondo, no implica que tal hecho no se encuentre amparado en nuestro ordenamiento jurídico y mucho menos que esté prohibido. Citan doctrina. Concluyen que la gestación por sustitución (GS) está totalmente permitida en nuestro país, ya que no se prevé ninguna condición legal expresa que determine su prohibición, todo lo contrario, nuestro sistema prevé derechos fundamentales inderogables, entre otros: derecho a procrear, derecho a la libertad reproductiva, derecho a la vida familiar, derecho a la integridad personal, derecho a la igualdad y a no ser discriminado, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación, etc., los cuales solo podrían efectivizarse llevando adelante la práctica solicitada. Principio de Autonomía de la Voluntad: Advierten que el acuerdo arribado no afecta el denominado Orden Público, toda vez que la práctica de gestación por sustitución (GS) no se encuentra prohibida. Señalan que nuestro ordenamiento jurídico brinda a nuestros ciudadanos la posibilidad de poder celebrar con nuestros pares convenios, contratos y/o acuerdos que permitan reglamentar los alcances de las relaciones jurídicas. Resaltan que el acuerdo firmado por las partes en escritura pública no excede los límites propios que el sistema fija a los ciudadanos, sino que viene a significar un formato jurídico destinado a tutelar aquello

que no siendo expresamente previsto por el sistema (llenar lagunas legales) tampoco haya sido explícitamente prohibido en el mismo. Refieren que la intención de implantar el embrión formado por los gametos de uno de los padres intencionales y el óvulo obtenido de la donante anónima (ovo donación) en una tercera persona encargada de llevar adelante el curso de la gestación (gestante sustituta), debe ser expresado a través de una alternativa que permita fijar las obligaciones inherentes a cada una de las partes, inconveniente que no podría ser soslayado sin la existencia de un acuerdo capaz de dirimir los posibles conflictos que surjan durante el transcurso de la gestación, ya que es la omisión misma del sistema lo que los deja al desamparo de la ley. Principio de voluntad procreacional: Destacan que el hijo/a que nazca a partir del proceso de GS, nace por la exclusiva decisión de los Sres. F y L (progenitores intencionales), siendo esta la causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante, para dar origen a la existencia de ese niño. Es decir, sin la existencia de tal decisión ese hijo/a no hubiera existido. Interés superior del niño: Plantean que los derechos del niño y su superior interés asumen en la resolución de los casos sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) un significado determinante, tanto a nivel local como en el ámbito internacional. Por ello, para el caso de que el Tribunal ordene la Homologación del Acuerdo alcanzado por las partes (Padres Intencionales y Gestante) y autorice el tratamiento pertinente, solicitan se disponga subsidiariamente que el niño/a nacido a partir de la gestación por sustitución, sea inscripto en el certificado médico emitido por el obstetra interviniente, como en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de los Sres. C F y A L (padres intencionales) y no como hijo de la Sra. G P R (gestante), toda vez que de lo expuesto se traduce que la voluntad procreacional surge de los primeros. Derecho a la identidad: Arguyen que concebir al futuro niño/a por

nacer a través de la técnica de (GS) como hijo/a de la Sra. R V (gestante), sería privarlo de su verdadera identidad biológica, violentando su derecho a la identidad, como así también los derechos de los padres intencionales (Sres. C F y A L) e ir en contra de la voluntad de la Sra. R V, ya que ella no quiere ser madre, sino que voluntariamente ayudará a los progenitores intencionales a que concreten su anhelo de obtener descendencia y formar su propia familia. Derechos agraviados. Derecho a la vida y a la libertad reproductiva: Alegan que ante la imposibilidad patológica de gestar de la Sra. C F, la gestación por otra mujer - en nuestro caso la Sra. R V - se convierte en la única técnica de reproducción idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad y no discriminación en relación a conformar una familia. Derecho a la Igualdad y no Discriminación. Desigualdad de Oportunidades: Destacan que nuestro país no reconoce de manera expresa la Gestación por Sustitución, pero tampoco la prohíbe, sin embargo, hay otros países que si la amparan y que incluso la reconocen de forma onerosa (alquiler de vientres). En consecuencia, sostienen que si los Sres. F y L contaran con los recursos económicos que demandaría realizar la práctica de gestación por sustitución en alguno de los países mencionados, inmediatamente retornarían al país, y conforme a derecho podrían inscribir al niño/a nacido/a como hijo de ambos sin mayores exigencias legales y concretar así su sueño de formar una familia, a la vez que importaría ejercer los derechos que actualmente -por no contar con dichos recursos- se encuentran restringidos. Entienden que esto constituye un trato desigual y discriminatorio vigente hasta el momento, que solo sería subsanable si se les permitiese dar operatividad a sus derechos. Desigualdad en las exigencias: Exponen que en la actualidad la ley obliga a los progenitores intencionales a actuar en un "plano de marginalidad" con la

incertidumbre sobre si los anhelos y derechos de ser padres podrán alcanzarse. El sistema lleva a los padres intencionales a apelar a la justicia para que estos puedan realizar la práctica de gestación por sustitución y posteriormente ser reconocidos como padres del niño por nacer. Resaltan que, claramente, la desigualdad se torna plausible al mencionar que todo lo expuesto no le es exigible a ningún otro habitante del territorio argentino y que es notoria la falta para con el cúmulo de personas que padecen las imposibilidades físicas de gestar, como lo es en el caso de la Sra. F.

**Derecho al Goce de las Nuevas Tecnologías y Avances Científicos:** Señalan que conforme los avances científico-tecnológicos de los últimos tiempos, algunas situaciones que en un pasado eran inviables, por su alta complejidad, hoy se tornan posibles y están al alcance de todos, producto del avance de la ciencia. Para el caso de autos, recalcan que el reconocimiento de estos derechos es fundamental, ya que la limitación patológica de la Sra. F ha sido suplida por los avances de la ciencia, pudiendo alcanzar de esta manera a través de la gestación por sustitución su proyecto familiar.

**Derecho a la Protección Familiar:** Manifiestan que no permitir la "Gestación por Sustitución", porque no encuentra un reparo expreso en las leyes de fondo, sería atentar contra el bloque de constitucionalidad, ya que reduciría a una forma casi nula la oportunidad de que los Sres. C F y A L sean padres, ignorando así la protección de la que la familia goza en nuestro sistema.

**Derecho a la Libre Disponibilidad del Propio Cuerpo:** Exponen que la gestante ejerce su derecho constitucional de "Disponer de su propio Cuerpo". La Sra. R V (gestante) es una mujer mayor de edad, en pleno goce de sus capacidades intelectuales, capaz de decidir en forma plena, que ha brindado su consentimiento informado, conociendo de este modo los inconvenientes y/o riesgos a los cuales se enfrenta con el presente procedimiento. Destacan la estrecha relación familiar que

vincula a la Sra. R V con los padres intencionales, y el deseo de la misma de realizar un acto de amor para con los comitentes, un acto de altruismo y generosidad absoluta.

Inconstitucionalidad del art. 562 CCyC: Argumentan que el art. 562 CCyC resulta a todas luces inconstitucional, ya que se contrapone a la estructura jerárquica brindada por la Constitución Nacional, coartando a través de una norma del CCyC (cuerpo de jerarquía inferior), sus derechos tales como, "Libertad Reproductiva", "Protección Familiar", "Igualdad y no Discriminación", "Goce de las Nuevas Tecnologías", derechos plenamente resguardados por Nuestra Carta Magna (cuerpo con jerarquía superior). Plantean que en el caso de marras el art. 562 del CCyC se contrapone a los lineamientos que emergen de nuestro bloque de constitucionalidad, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer/hombre que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz, vulnerando así los derechos y principios mencionados, en otras palabras, se trata de una norma que vulnera claramente los derechos subjetivos de la Sra. F (Comitente), por lo que solicitan se declare expresamente la inconstitucionalidad de dicho artículo y se proceda a la homologación del acuerdo presentado. Finalmente solicitan autorización para que tanto los interesados, como la Clínica de Alta Complejidad que los involucrados elijan y donde se realizará la transferencia embrionaria, así como también el nosocomio donde finalmente nacerá el niño/a, operen bajo un amparo legal que de pleno ejercicio a los derechos de todos los involucrados. Asimismo, solicitan que de nacer con vida el niño/a, se ordene al médico obstetra para que haga constar en el certificado de nacimiento médico correspondiente, que el niño/a nacido es hijo de los Sres. C. F. y A. L. (padres intencionales) y se ordene también al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a que el niño/a nacido se lo inscriba como hijo de los Sres. F. y L. Ofrecen

prueba documental. Acuerdo de gestación por sustitución: Adjuntan el acuerdo que se transcribe textual a continuación: *“ACUERDO PRIVADO ENTRE PARTES — CONVENIO DE VOLUNTAD PROCREACIONAL En la ciudad de Córdoba, a los doce días del mes de Diciembre del año dos mil dieciocho, concurren a la suscripción de la presente acta compromiso la Sra. C. F. de nacionalidad argentina, de (44) años de edad casada, con domicilio en calle (...), quien comparece junto a su esposo A. A. L., de nacionalidad argentino, de (46) años de edad, casado, con igual domicilio que su cónyuge, de aquí en adelante denominados "PADRES INTENCIONALES", por otra parte comparece la Sra. G. P. d. V. R. V., de nacionalidad argentina, de (27) años de edad ,soltera, con domicilio en calle (...), de aquí en adelante denominada "GESTANTE" quienes suscriben el presente en pleno ejercicio de su Autonomía de la Voluntad y se comprometen a dar cumplimiento a la presente acta acuerdo conforme las cláusulas que se expresan a continuación: **I.** Mediante el presente, la "GESTANTE", en pleno uso de sus capacidades físicas, facultades mentales y en ejercicio pleno de sus derechos, manifiesta su voluntad de ayudar a la pareja conformada por los "PADRES INTENCIONALES" para que sean padres de un hijo, sometiéndose para ello a un tratamiento médico de fertilización asistida (Vía IN VITRO) y posterior implantación en su útero (transferencia embrionaria) de un embrión conformado a partir de los gametos aportados por uno de los "PADRES INTENCIONALES" y óvulos criopreservados pertenecientes a una donante anónima. La voluntad altruista de la "GESTANTE" se basa en el libre ejercicio de los derechos sobre su cuerpo. **2.** La "GESTANTE" y los "PADRES INTENCIONALES" manifiestan haber recibido de manera detallada toda la información médica en relación al procedimiento de fertilización asistida (vía IN VITRO) y posterior implantación del embrión en la "GESTANTE". **3.** Los "PADRES*

*INTENCIONALES" declaran su imposibilidad de concebir el embarazo buscado de forma natural debido a que uno de los "PADRES INTENCIONALES" se encuentra imposibilitado medicamente para concebir y gestar hijos, siendo la Gestación por Sustitución la única forma de poner en ejercicio sus Derechos en cuanto a la Libertad Reproductiva y Construcción de una Familia. 4. El presente acuerdo tiene por finalidad lograr el desarrollo de los Derechos de Libertad Reproductiva (según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del art. 7 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica en el fallo "Artavia Murillo vs. Costa Rica") y de conformar los "PADRES INTENCIONALES" su propia familia, por intermedio de la libre disposición e intención de la "GESTANTE" de gestar en su vientre el embrión resultante de la fertilización IN VITRO y de los gametos aportadas por uno de los "PADRES INTENCIONALES". 5. La "GESTANTE" y los "PADRES INTENCIONALES" aceptan someterse de forma voluntaria a un examen físico y genético, bajo la supervisión de los profesionales dispuestos a tales fines, para determinar su salud física y psicológica. También concuerdan en cooperar y brindar toda la información requerida sobre historia personal e historial clínico. 6. La "GESTANTE" manifiesta de forma expresa, libre y voluntaria conocer acerca de que el embrión que le será implantado, es el resultante de la Fecundación In Vitro de los gametos aportados por uno de los "PADRES INTENCIONALES" y los óvulos criopreservados aportados por una donante anónima (ovo donación). Reconoce que serán los "PADRES INTENCIONALES", los padres del niño/a por nacer producto de la gestación, y quienes asumirán los derechos y obligaciones que les correspondan como tales. Asimismo, la "GESTANTE" manifiesta conocer y comprender que el proceso fue buscado por la voluntad procreacional de los "PADRES INTENCIONALES" de ejercer su derecho a procrear y la libre intención de*

la "GESTANTE" de ayudarlos gestando el embrión. 7. La "GESTANTE" declara que fue informada por un médico profesional especialista en fertilización y logró comprender en qué consiste el proceso de fecundación vía IN VITRO y su posterior Transferencia Embrionaria (Implantación del embrión en el útero de la "GESTANTE") manteniendo su intención de continuar con el proceso. 8. La "GESTANTE", declara consciente que asume todos los riesgos del proceso, incluso riesgo de muerte que es incidental a la concepción, embarazo y parto, como también complicaciones subsecuentes. 9. Los "PADRES INTENCIONALES" se comprometen a cubrir íntegramente todo gasto médico (consultas, intervenciones, medicamentos, internación, tratamientos, etc.) que genere el periodo gestacional y post parto, siempre y cuando estos no sean cubiertos por la entidad de cobertura médica de la "GESTANTE". La "GESTANTE" y "LOS PADRES INTENCIONALES" manifiestan que en ningún momento consideran a los valores económicos derivados de los gastos médicos como precio por servicios. 10. La "GESTANTE" declara ser capaz de procrear y concebir niños, manifestando asimismo que en la actualidad es madre de (2) hijos. 11. La "GESTANTE" declara estar de acuerdo con proteger el interés del niño/a, producto de la inseminación, aceptando que no formará parte ni intentará una relación de madre-hijo con cualquier niño/a que pueda concebir por la Gestación por Sustitución, manifestando nuevamente que su única intención es la de ayudar de manera altruista a los "PADRES INTENCIONALES" a realizar el pleno ejercicio del derecho a procrear que los asiste y que no concibe intenciones de ampliar su familia. 12. La "GESTANTE" y los "PADRES INTENCIONALES" manifiestan su conformidad en relación a que es derecho exclusivo y excluyente de los "PADRES INTENCIONALES" nombrar al niño/a nacido, reconociendo a ellos el carácter de "PADRES" conforme lo refiere el art. 63 del

CCCN: **13.** La "GESTANTE" y los "PADRES INTENCIONALES" manifiestan su conformidad en relación a que procederá el aborto del feto si la vida o la salud de la "GESTANTE" corriera peligro y si este no pudiera ser evitado por ningún otro medio (art. 85 inc. 1 Código Penal de la Nación). **14.** La "GESTANTE" declara y entiende que el niño/a va a ser concebido para el solo y único propósito de formar parte de la Familia de los "PADRES INTENCIONALES", declarando estar de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias, documentos posteriores al nacimiento del niño/a, y a participar libre y voluntariamente en cualquier procedimiento judicial necesario para que el nombre de los "PADRES INTENCIONALES" figure y sea reconocido en el certificado de nacimiento del niño/a como padres naturales, otorgándoseles la filiación correspondiente. **15.** La "GESTANTE" manifiesta su plena conformidad en cuanto a llevar adelante el término de la gestación, con el mayor de los cuidados propios de una mujer embarazada, tanto en relación a su salud como en relación a la del niño/a por nacer poniendo en conocimiento de los "PADRES INTENCIONALES" acerca de cualquier vicisitud que se pudiera presentar durante la gestación. **16.** Los "PADRES INTENCIONALES" se obligan a reconocer como propio al niño/a nacido/a del vientre de la "GESTANTE" para el caso que el mismo naciera con alguna anomalía o malformación infantil. **17.** Los "PADRES INTENCIONALES" manifiestan expresamente que, ante el fallecimiento de uno de ellos, el cónyuge superviviente podrá llevar adelante el procedimiento judicial correspondiente a la Gestación por Sustitución. **18.** Los "PADRES INTENCIONALES", expresan su conformidad mediante el presente acuerdo que ante el fallecimiento de uno de ellos, el cónyuge superviviente podrá hacer uso de los gametos criopreservados del otro, conformando un nuevo embrión, como así también disponer de aquel embrión que se

encontrara conformado previo al fallecimiento. Para el caso será optativo para el cónyuge superviviente continuar hasta su culminación con el desarrollo de la Técnica de Reproducción Humana Asistida de Alta Complejidad denominada Gestación por Sustitución. **19.** La "GESTANTE" y los "PADRES INTENCIONALES" acuerdan y establecen, que en virtud de la estrecha relación existente entre los mismos no resulta necesario el establecimiento de un Régimen Comunicacional expreso, por el cual los "PADRES INTENCIONALES" pongan en contacto a la "GESTANTE" con el futuro niño/a. **20.** El acuerdo suscripto por las partes concluirá por los siguientes motivos: a) Cumplimiento íntegro del objeto del mismo, a) Aborto o muerte del feto, c) Imposibilidad sobreviniente de llevar a cabo el proceso de Inseminación Artificial en la "GESTANTE". **21.** Los "PADRES INTENCIONALES" se comprometen a informar al niño/a durante su desarrollo y crecimiento, teniendo en cuenta su grado de madurez, que el mismo fue concebido a través de una de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida denominada Gestación por Sustitución. **22.** La "GESTANTE" manifiesta, haber consultado con su concubino sobre las posibles consecuencias que pudieran derivar a raíz de la efectivización del presente acuerdo, no encontrándose con ninguna oposición al respecto por parte del mismo. **23.** Cada una de las partes mencionadas en el presente da fe y declara haber consultado previamente a su abogado sobre los términos de este instrumento, reconocen y comprenden el sentido y alcance de la totalidad del instrumento como así también de cada una de las cláusulas que conforman el mismo. **24.** Las partes que suscriben el presente declaran comprender los efectos legales de la suscripción del instrumento, haber leído con detenimiento y comprensión el mismo y declarar que firman libre y voluntariamente. **25.** Las partes se obligan a dar cumplimiento de manera íntegra al presente instrumento. **26.** El presente instrumento

tendrá vigencia desde la fecha de suscripción. 27. Las partes acuerdan firmar el presente en TRES (3) ejemplares, perteneciendo uno a la "GESTANTE"; otro a los "PADRES INTENCIONALES" y otro para ser presentado ante el Tribunal competente a los fines de su Homologación Judicial, con el objeto de tornar operativo el presente instrumento. Siguen tres firmas". **II)** Admitida la demanda, se imprime el trámite de juicio común previsto por el art. 75 y ss. de la ley 10.305, y se corre traslado del planteo de inconstitucionalidad al Ministerio Publico Fiscal. Asimismo, se ordena oficiar al CATEMU para que realice un informe socio-ambiental y psicológico de los involucrados y se fija fecha de audiencia a los fines de tomar contacto personal con las partes. A ff. 82/84 obra informe elaborado por el Equipo Técnico del Fuero de Familia. En fecha 22/05/2019 se certifica que el Tribunal tomó contacto personal con los Sres. C. F., A. L., G. P. d. V. R. V. y P. M. U., en presencia de la Sra. Fiscal de Familia (f. 86). **III)** A f. 86 se corre traslado en los términos del art. 87 de la ley 10.305 a los peticionantes y a la Sra. Fiscal de Familia. A f. 94/96 comparecen los Sres. F., L., R. V. y U. y evacuando el traslado corrido manifiestan que en caso de dictarse una resolución favorable respecto de las pretensiones incoadas, no solo se habrá resguardado todos y cada uno de los derechos que asisten a los involucrados, sino que además se habrá ampliado derechos con miras a la construcción de una sociedad más solidaria, compasiva, equitativa y justa. A ff. 98/111 evacúa el traslado la Sra. Fiscal de Familia, quien luego de realizar una breve reseña de la causa, manifiesta que en relación al pedido de homologación del convenio de voluntad procreacional estima que la homologación debe restringirse a los términos del acuerdo tendientes a lograr la autorización y el aval judicial para llevar adelante las prácticas médicas requeridas, sólo como prueba relevante de los consentimientos prestados al efecto. Explica que lo

contrario, es decir, la habilitación a ultranza del acuerdo, implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho incoercibles y por ende no susceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento. Señala que estas aclaraciones resultan fundamentales, pues, de homologarse integralmente y producirse algún cambio, ya sea arrepentimiento, revocación, o que las firmantes manifiesten algún tipo de conducta en contrario, atento la ausencia de reglamentación legal de la figura, habilitará la instancia judicial que corresponda a esa coyuntura, lo que no pueden anticiparse en esta etapa. Destaca que en el estado actual legislativo, no puede delegarse al órgano judicial dilucidar, aspectos personalísimos del acuerdo arrimado, ello no obsta a calibrar la manifestación de la voluntad allí contenida, como antecedente válido, para autorizar o no la práctica médica y otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso: la voluntad de la gestante de portar el embrión y la intención de todos de someterse tanto a las prácticas médicas necesarias, como la voluntad de los comitentes de ocupar el lugar de progenitores legales y la de no hacerlo por parte de la gestante. En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 562 CCyC, y en lo que refiere específicamente a la procedencia formal del pedido, estima que se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, a la que sólo debe acudir en casos extremos de probada disconformidad con la Ley Fundamental por lo que este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. En cuanto a la procedencia sustancial de la cuestión constitucional refiere que en el caso, la norma del art. 562 del CCyC resulta inconstitucional por vulneración o violación de diferentes derechos y garantías de neto corte constitucional, tales como el principio de igualdad y de no discriminación,

consagrado en el art. 16 de la C.N., al obstar que para el caso de la TRHA nominada GS, sobre operatividad la voluntad procreacional como fuente de filiación. Asimismo, refiere que existe una violación al derecho a la identidad, reseñando que en el subexamen, aun no existiendo un niño por nacer, no por ello, y en forma preventiva, debe valorarse su interés superior, en el caso resguardándose que no se vulnere el derecho a la identidad. Este podría sufrir una afectación, si dando resultado las prácticas médicas, el nacimiento del niño y su posterior inscripción no se compadezcan con la voluntad procreacional. Finalmente resalta la violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS. Insiste que, ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. Indica que no es que la presente autorización implique alentar los pedidos, sino sólo otorgar una respuesta al presente, si, como entiende, resulta digno de tutela jurídica. **IV)** Seguidamente se dicta decreto de autos, el que una vez firme deja la presente en estado de ser resuelta.

**Y CONSIDERANDO:** **I) La pretensión. Homologación del Convenio de Voluntad procreacional:** El pedido de homologación de un convenio sobre “gestación por sustitución” (en adelante GS) entre los cónyuges C. F. y A. A. L. por una parte, y la señora G. P. d. V. R. V., por la otra. En virtud del acuerdo celebrado se comprometen a realizar una técnica de fertilización médicamente asistida (vía In Vitro) y posterior implantación en el útero (transferencia embrionaria) a la señora R. V. -quien llevará adelante el embarazo- de un embrión conformado a partir de los gametos aportados por uno de los miembros del matrimonio (gametos del señor L.) y óvulos criopreservados pertenecientes a una donante anónima; a cuyo fin peticionan autorización judicial. En

caso que se produzca el nacimiento del niño/niña, peticionan sea considerado hijo del matrimonio y no de la gestante. Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), en tanto dispone que *“los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”*. Asimismo peticionan la inscripción en el certificado médico y de nacimiento en el Registro Civil como padres intencionales. **II) Competencia material y funcional:** Que la competencia de la suscripta deviene de lo prescripto por los arts. 16 inc. 7 y 21 inc. 1 de la ley 10.305. **III)**

**Sobre el alcance del control jurisdiccional en orden a la homologación peticionada:**

El cuadro fáctico del caso trata del matrimonio conformado por los señores F. y L. (padres intencionales), junto a la señora R. V. (gestante), que peticionan conjuntamente se les otorgue autorización judicial, a fin de que ésta última geste un niño con material genético de terceros, con el objeto de que la pareja conyugal asuma en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitores legales. Repárese que estamos por un lado, ante cónyuges heterosexuales donde a la mujer de 44 años, debido a la presencia de miomas se le desaconsejó médicamente llevar adelante un embarazo. Por otro, se encuentra la señora R. V. quien se ofreció como gestante del eventual embarazo, con aporte genético proveniente de la donación anónima de óvulos y gametos aportados por el señor L.. En este contexto, cabe concluir que la petición resulta objetivamente proponible por cuanto los accionantes se encuentran legitimados activamente para acudir a la vía judicial con el fin de hacer efectivo el reconocimiento

preventivo de una filiación que entienden lo impide el sistema legal vigente a través del art. 562 del CCyC del que dejan planteada su inconstitucionalidad. Buscan obtener el reconocimiento de la calidad de progenitores legales del niño a concebir a partir de la práctica médica aludida, y como contrapartida de ello, la no atribución de dicho carácter a la gestante. Sobre el punto es dable advertir que en el espacio jurisprudencial argentino se han esgrimido distintas estrategias legales que los interesados han llevado a los estrados de las diversas jurisdicciones nacionales y provinciales, para resolver estos conflictos dejándolo librado a la discrecionalidad judicial por la falta de regulación del instituto en cuestión. Así, se verifican acciones planteadas según si el niño/a nació, si se inicia el expediente durante el embarazo o si se hace antes de la transferencia del embrión en el cuerpo de la gestante (para profundizar el tema ver Notrica, Federico, “Las diversas estrategias legales en los procesos de gestación por sustitución. El Trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-N, 111. AP/DOC/478/2018). La estrategia que se destaca en el último grupo es la “autorización judicial”, tal el caso de autos, donde a través de su articulación los accionantes buscan establecer reglas claras en orden al debido vínculo jurídico de los progenitores y a la identidad del niño/a que nacerá por GS en consonancia con los derechos fundamentales en juego. En suma, el asunto configura un verdadero “caso” relativo a la determinación de la filiación fundada en la voluntad procreacional que supera el tamiz propio impuesto por las condiciones de “ejercicio” de la acción que no es otra cosa que el “derecho hecho valer” (cfr. Ramacciotti, Hugo: “Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba”, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 157). En efecto, se trata de la facultad que corresponde a una persona para que requiera la intervención del estado a efectos de tutelar una pretensión jurídica material (Ramacciotti, Hugo: “ob. cit.”, p.

158), que en la especie y en resumidas cuentas no es nada más ni nada menos que el *derecho a procrear y formar una familia*. Ahora bien, debe distinguirse cuidadosamente entre las condiciones de “*ejercicio*” a las que arriba se aludió, de las llamadas condiciones de “*admisión*” de la acción (Ramacciotti, Hugo: “ob. cit.”, p. 160). No hay dudas de que se trata del matrimonio de una pareja titular de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 Convención Americana de Derechos Humanos) a la integridad personal (art. 5.1 Convención Americana de Derechos Humanos), a la libertad, a la igualdad y a conformar una familia (arts. 7.1, 17 y 24 Convención Americana de los Derechos Humanos). Sin embargo, debe calibrarse el interés en conseguir el bien pretendido mediante la actuación del órgano jurisdiccional al que se recurre para el reconocimiento de esos derechos fundamentales. En tal dirección, debe precisarse que el control jurisdiccional se restringirá a los términos del acuerdo tendientes a lograr la autorización en cuestión y el aval judicial para llevar adelante la práctica médica requerida. En otras palabras, el acuerdo glosado solo será captado como prueba relevante de los consentimientos prestados al efecto de la filiación pretendida, susceptible de estudio a la luz de la restante prueba recabada en la causa y desechando de plano la habilitación a ultranza del referido convenio, pues compartiendo sobre el punto el dictamen del Ministerio Público Fiscal y haciendo propias sus palabras ello “*...implicaría avanzar sobre aspectos personalísimos, de hecho incoercibles y por ende insusceptibles de ejecución forzosa o de alguna sanción en caso de incumplimiento. Una forma de intromisión judicial en la intimidad y libre disposición de las facultades personalísimas de las partes respecto de un contrato, en el que subyace, la entrega de un niño, lo que sería absolutamente impensable en este aspecto...*”(ff. 98/111). Estas reflexiones son concluyentes pues de homologarse integralmente el convenio

presentado, y producirse por caso arrepentimiento o revocación, en virtud de la ausencia de reglamentación legal de la figura, habilitaría la instancia judicial pertinente, a los fines de la ejecución forzada, lo que resulta más que improvisado en estas condiciones, ni podría válidamente anticiparse en esta etapa. Sobre el tópic ya cierta jurisprudencia elaborada en la provincia se ha pronunciado señalando que “...esto es así, toda vez que en él (el acuerdo) se tratan derechos inalienables de las personas involucradas. Así, la homologación de un acuerdo privado es requisito a los fines de dar ejecutabilidad ante el incumplimiento de alguna de las partes, pero en el caso planteado esto no puede darse, precisamente, por los intereses en juego implicados” (Juzg. CCyC de Bell Ville, “D. R. d. V. y otros – Solicitan Homologación” Expte. 6554133, 6/12/2018). Y más contundente resulta la reflexión final del Ministerio Público Fiscal volcada en esta causa al destacar que “...no cabe discurrir sobre ninguna connotación relacionada con la eventual entrega de un niño, ajeno al tamiz judicial (dada la ausencia de regulación legal de la figura). Ello exime de cualquier discusión interdisciplinaria, sobre si el acuerdo es o no nulo...” (ff. 98/111). Desechado el pedido de homologación, igualmente resulta el mentado acuerdo de suma importancia para la resolución del caso, porque refleja la voluntad de las partes en someterse a la práctica en cuestión (señores F. y L. como padres intencionales que aportan el material genético –gametos del Sr. L. y ovodonación- y la Sra. R. V. como gestante) y ello no puede ser soslayado para decidir la autorización pretendida. Incluso, dichas expresiones de voluntad han sido corroboradas en la audiencia designada en la que se tomó contacto personal con las partes, oportunidad en la que reafirmaron cada una su decisión al respecto. El Poder Judicial no puede atribuirse facultades legislativas dilucidando el contenido de derechos personalísimos como los contenidos en el acuerdo e incluso prescribiendo de antemano

eventuales sanciones ante conductas humanas que puedan tener lugar por fuera de lo convenido, pero sí puede clarificar, direccionarse o vehiculizar judicialmente la voluntad de las personas que firmaron dicho convenio a través de la autorización de la práctica médica pretendida. En consecuencia, estimo que en el estado actual de nuestra legislación no es susceptible de homologación judicial el convenio bajo análisis aunque estoy en condiciones de otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional allí contenida y aquí reafirmada, por lo que es viable considerarlo el antecedente válido para autorizar la práctica médica en los términos en que ha sido solicitada. En suma, el convenio tiene valor en punto al consentimiento allí contenido y la virtualidad de la voluntad procreacional como una de las fuentes de filiación. Precisamente, este es el punto central que será objeto de análisis a continuación a los fines de confirmar la viabilidad de la autorización y el reconocimiento de filiación peticionados. Por cuestiones metodológicas y habiéndose desechado el pedido de homologación del convenio de ff. 29/31, el presente habrá de discurrir primero sobre el marco legislativo de la GS, su encuadramiento legal (alegalidad) y finalmente sobre la solución propiciada (autorización de la práctica médica) tras la verificación de la existencia de una verdadera voluntad procreacional sobre cuya base es susceptible de establecerse la filiación pretendida, incluso en orden a la determinación de la maternidad del futuro nacido, en función de la aplicabilidad (inaplicabilidad) de la norma puesta en jaque por los accionantes (art. 562 CCyC).

**IV) a) Marco legislativo:** Se trata de un caso de gestación por otro, es decir, del supuesto en el cual una mujer se compromete a gestar un niño con material genético de terceros. Dado que la GS no está prevista en la legislación fondal, se acude al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitora a quien ha

manifestado su voluntad de serlo. Subsunción ésta que, a juicio de los accionantes y de la Sra. Fiscal de Familia, conforme la norma objetada (art. 562 CCyC) no resultaría posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz al niño. En el caso, por ende, debe ponderarse si existe realmente una laguna legislativa, y si la suscripta en su labor de intérprete, se encuentra autorizada en el caso a suplirla o si ello sería avanzar sobre potestades propias de otro poder del estado que le están vedadas en la especie. En esta tarea, obligada resulta la referencia al Anteproyecto realizado por la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, donde la figura se encontraba regulada en el Libro Segundo ("Relaciones de familia"), Título V ("Filiación"), Capítulo 2 ("Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"), art. 562. Así se permitía la GS previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. La filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. Se disponía que el juez debía homologar sólo si además de los requisitos que prevería la ley especial, se acreditaba que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de GS más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. La justificación de tales exigencias prescriptas en el quitado art. 562 proyectado radicaba, según palabras de los redactores, en que *"contribuyen a tener certeza de que la mujer*

*que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa"* (Proyecto de Código Civil y Comercial, Zavalía, Buenos Aires, 2012, p. 662). En definitiva, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la GS, disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. Sin embargo, el tema nunca ha salido de la agenda legislativa. El silencio legal fue, es y seguirá siendo un problema y por ello en el ámbito legislativo se han presentado diversos proyectos, con diferentes aristas y formas de regulación y denominación, pero todos ellos con un mismo sentido: regular la GS. Además, en el ámbito académico del país también ha mantenido vigencia la discusión al respecto. Por caso, en las conclusiones del I Foro Internacional de Derecho de las Familias y Sucesiones celebrado el 28 de junio de 2019 en la Facultad de Derecho de la UBA, se estableció que la regulación de la GS se impone por varias razones. En primer lugar porque el vacío legal es cuestionable a la luz del principio de no discriminación, desde la perspectiva de los varones solos o parejas de varones cuya única forma de acceder a la filiación por TRHA es mediante la figura de la GS. En idéntica situación de desigualdad se encuentran las mujeres que por razones de salud no pueden llevar un embarazo a término (el presente caso). También ha concluido en la necesidad de prescribir el inmediato emplazamiento filial acorde a la regla de la voluntad procreacional y el interés superior del niño. Además, destaca que resulta menester el adecuado control de la técnica para evitar la explotación de mujeres más vulnerables con beneficios económicos para los intermediarios (cfr. Conclusiones del I Foro Internacional del Derecho de las Familias y las Sucesiones, comisión: Gestación por sustitución, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires,

Argentina,28/06/2019.www.facebook.com/forointernacionaldederechosdelasfamiliasysucesiones/photos/pcb). Se ha presentado el 14/06/2017 un proyecto para modificar algunos artículos del CCyC, relacionados a las TRHA, firmado por el diputado Lipovetsky (expte. 3202-D-2017). Seguidamente el 10/07/2017 la diputada Carla Carrizo desplegó uno para regular la GS mediante el dictado de una ley especial (expte. 3765-D-2017). En orden cronológico, la diputada Olga María Rista también efectuó el suyo el 26/09/2017 (expte. 5141-D-2017); el 1/03/2018 (expte. 84-D-2018), la diputada Analía Rach Quiroga hizo un nuevo proyecto (ya había presentado uno que perdió estado parlamentario) planteando, al igual que el primero mencionado, una reforma al texto del CCyC. El 9/03/2018 (expte. 630-D-2018, disponible al igual que los anteriores en [www.hcdn.gov.ar](http://www.hcdn.gov.ar)) la diputada Araceli Ferreyra fue la primera firmante de otro proyecto que propende regular lo que da en llamar la gestación solidaria. Finalmente, en el ámbito de la Cámara Alta, el senador Julio Cobos acompañó el suyo, elaborado en fecha 27/03/2018 (expte. 825/18 presentado en Senado de la Nación disponible en [www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp.825.18/S/PL](http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp.825.18/S/PL)). En suma, el tema no ha dejado de ser objeto de constantes intentos por llegar a su regulación, por lo que claramente no se propicia una postura *abstencionista* ni mucho menos *prohibitiva* en nuestro país, sino una *regulatoria*, pero ello no permite sino concluir que por ahora estamos ante un vacío legislativo. **IV) b) Encuadramiento legal. Alegalidad de la GS:** Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa. La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura abstencionista pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la alegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora “alegal”. Pero estamos –al decir de la doctrina- ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial (cfr. de Lorenzi,

Mariana A., Cappella, Lorena S.: “Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor”, comentario al fallo del Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora, 2015-12-30, “H.M y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”; Juzgado de Familia N° 9, Bariloche, 2015-12-29; RDF 2016-IV-136). Precisamente, desde la doctrina se explica que esta falta de recepción importaría una situación de “alegalidad” y de una manera muy sencilla pero absolutamente significativa se acude al Diccionario de la RAE para decir que es aquello “no regulado ni prohibido”. **IV) c) Naturaleza de la GS:** En doctrina, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoides- conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual de un hombre y una mujer (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación". LL del 8/8/2011, p. 1.). Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homóloga). Pero, cuando el material genético (autores genéticos), a través de otro método -fecundación in vitro- es implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante) la técnica que se utiliza es la denominada "gestación por sustitución" (cfr. Juz. Nac. 1ra. Inst. Civ. N°. 86, "N. N. s/ inscripción de nacimiento", 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR, MJJ79552). En definitiva, las TRHA involucran una disociación del elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo en

distintas personas, siendo este último el decisivo en la determinación de la filiación. Se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente genética (Lamm, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad Subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y su regulación legal”, Revista de derecho de Familia n° 50. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio 2011, pp. 107,108). Por su parte, la ley especial que las regula define estas prácticas como todos aquellos procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. También establece que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 20, Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida). En este marco es dable inferir que la GS es una TRHA de alta complejidad: la formación del cigoto se produce en una probeta, es decir fuera del seno materno. Como tal, entonces, necesita de un laboratorio altamente especializado, en el cual se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio, es decir en forma extrauterina (González Magaña, Ignacio, comentario al artículo 558 del CCyC, en: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo II, arts. 401 a 723. Directores: Rivera, Julio César y Medina, Graciela, La Ley, 2015, p. 338). A su vez, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o

de un donante que puede ser conocido o como es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial) y la gestacional (la concepción tiene lugar a partir del óvulo diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente, pero si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada o bien una donante anónima). Dado que la maternidad subrogada gestacional disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada: fecundación "in vitro", seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes (Vela Sánchez, A. J., "Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", LL nro. 7608, sección "Doctrina", del 11 de abril de 2011, pp. 1-2). El caso de autos trata de una maternidad subrogada gestacional. En este sentido, la Sra. Fiscal de Familia trae a colación que la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la GS, expresando que Gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros (Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRHA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (.ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/e/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/e/)). Esta posición, sin duda, fundada en avanzados estudios científicos y prestigiosa doctrina, incluye a la GS dentro de una especie de TRHA, con sus notas particulares. No obstante, otra postura no la considera una especie dentro de aquella, por

cuanto se trataría de las más discutidas en el campo de la reproducción con intervención de terceros. A tal punto que es por esto en concreto que se ha diferido la prescripción legal quitando el art. 562 del texto vigente del CCyC. Es que presenta diferencias sustanciales con las prácticas de TRHA heterólogas más extendidas y aceptadas por el derecho comparado. Frente a este panorama, considero concluyente aseverar que aun cuando pueda entenderse que no obstante sus especiales características no se puede excluir a la GS como una especie de TRHA, en cualquiera de las dos posiciones en que nos ubiquemos, se coincide en sostener igualmente la necesidad de una regulación independiente y especial que otorgue garantías y tutele todos los delicados y dignos intereses en juego. Volveremos sobre el punto al analizar la aplicabilidad del art. 562 del CCyC. El hecho de silenciar la figura permite a mi modo de ver una sola lectura que se desprende de los fundamentos esgrimidos para quitarla del régimen vigente: la necesidad de establecer una regulación específica para ello, dentro de la cual también se encuentre la atribución de la maternidad respecto del nacido, por lo cual mal puede estimarse que en punto a esa determinación (de la maternidad) pueda quedar atrapada en una regulación que no ha contemplado la GS, precisamente por sus particulares y especiales implicancias. También retomaremos sobre ello al tratar la aplicabilidad del art. 562 del CCyC al asunto. Por lo tanto, el problema que se presenta frente a la llamada GS, y en particular en el caso de autos, es básicamente, la atribución de la maternidad del nacido, pues si bien el elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio de un miembro de la pareja matrimonial y la ovodonación anónima, se acude, a la gestación del embrión en el vientre de un tercero y posterior alumbramiento. Y en este punto no resulta indiferente la mujer gestante. Se disocia la

maternidad genética y gestacional y hasta intencional. Tal y como destaca la Sra. Fiscal actuante con cita de doctrina la identidad y particularidades de la mujer portadora son conocidas por el equipo médico y por los padres intencionales y es a ella y no a otra a quien desean recurrir. Por ello mismo esta mujer posee una activa participación en la planificación de la concepción, embarazo y parto. Es así que está ausente el elemento de fungibilidad que preside lo donación de óvulos y esperma (Ales Uría, Mercedes, “Maternidad por acuerdo de partes ¿legalidad o equidad?”, RCCyC junio/2016, 59 DFyP febrero/2017, 202, AR/DOC/1593/2016). En definitiva, entiendo que sin perjuicio de tales especiales características, podría no excluirse a la GS como especie de TRHA, pero lo concluyente es que por la existencia de esas notas específicas, se justifica el pedido de una regulación y tratamiento especial de la figura, incluida la determinación de la maternidad en estas hipótesis. Por lo tanto, tal como se adelantara se estima procedente la autorización judicial pretendida, por verificarse básicamente que: 1) La Sra. R. V., eventual gestante, tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica. 2) La aportación de material genético proviene de la ovodonación por donación anónima y el aporte genético por parte de uno de los comitentes, Sr. L. 3) La imposibilidad de quien tiene intención de ejercer la voluntad procreacional (Sra. F.), de llevar adelante un embarazo por la existencia de miomas. 4) La gestante refiere actuar de manera solidaria y con conocimiento y conformidad de su grupo conviviente conformado por su pareja conviviente y sus dos hijos menores de edad. Tales inferencias que tornan procedente la petición se encuentran avaladas por la documental arrimada al expediente, arribadas con motivo de la intermediación (audiencia de f. 86) y la apreciación del Equipo Técnico interviniente. Veamos. **V) Análisis del caso:**

Antecedentes familiares: Se trata en la causa de una pareja heterosexual que se conoció

por el año 2007 tras la presentación de amigos en común y que contrajo matrimonio el 11 de noviembre de 2011 (ff. 67/69). El grupo de referencia está conformado por C. que tiene 44 años, es médica neumonóloga y se desempeña laboralmente en dicho campo de la medicina. Por su parte, A. tiene 46 años, es ingeniero en sistemas y tiene un emprendimiento comercial familiar. Ambos llevan una relación afectiva de más de once años, teniendo el proyecto de llevar adelante la maternidad y la paternidad (f. 82 vta.). Se destaca que incluso con anterioridad a la celebración de las nupcias la señora C. F. se realizó varios estudios médicos con el fin de planificar la llegada del primer hijo que arrojaron como resultado la existencia de miomas recomendándose cirugía que se llevó a cabo en marzo de 2012 (ff. 32 y 48/51). A raíz de la intervención quirúrgica y las complicaciones sucesivas en la salud de la esposa y amén de los tratamientos de fertilización asistida llevados a cabo aproximadamente entre los años 2014 y 2017 (ff. 33, 34 y 38), el matrimonio se plantea la posibilidad de llevar a cabo su proyecto en común de ser padres a través de la GS, implicando además una ovodonación (f. 82 vta.). En este marco es donde emerge la eventualidad de que quien lleve adelante la gestación del embrión sea la señora G. R. V.. Se trata de una mujer de 27 años con estudios secundarios incompletos, que se dedica en este momento de manera exclusiva al trabajo intrafamiliar y crianza de sus dos hijos pequeños (ff. 42, 44 y 45). Ella conforma junto a P. U. de 31 años, una familia ensamblada, con una hija en común, D. M. de dos años (f. 46) y G. de 8 años (f. 47), hijo de una unión anterior de la nombrada. Residen en una vivienda alquilada, P. es empleado metalúrgico y organizan su cotidianeidad a partir de criterios tradicionales en los cuales el señor U. asume la función de proveedor económico y la señora el trabajo intrafamiliar y de cuidado de los hijos (ff. 82 vta./83). La relación entre la pareja L. — F. y la señora R. V. se inicia en el año 2011

aproximadamente cuando la misma se encontraba por dar a luz a su hijo mayor en el Hospital N. En ese contexto el señor L. como miembro de una Cooperativa llega a la sala con elementos para los bebés recién nacidos, iniciándose de esa manera el primer contacto. De los relatos de las diferentes partes se desprende una valoración y significación de este encuentro como de ayuda brindada por el señor L. a la señora G., en un momento en el que la misma se encontraba atravesando una situación de gran vulnerabilidad económica, social y psicológica. La presencia del señor L. le significó contar con un apoyo material, un trabajo posterior remunerado (...) que le facilitó concluir la relación con el progenitor de su hijo mayor y lograr su propio ingreso monetario. En ese marco se fue sosteniendo y desarrollando una relación afectiva, en la cual se suma la señora F. En este vínculo la información sobre los tratamientos de fertilización realizados por la pareja son de conocimiento cotidiano de la señora G. Es así que la misma accede al relato de esta nueva alternativa –GS- la cual le resultaba familiar, ya que con anterioridad se había ofrecido para este procedimiento con su cuñada. En este contexto la señora R. V., luego de consensuar con su pareja, le propone al señor L. y la señora F. llevar adelante la GS (f. 84). Diagnóstico: Ya desde el año 2015 en adelante y tras la operación quirúrgica y tratamientos de fertilización que fracasaron, se evidencia claramente de los informes médicos adjuntados (ff. 34/36, 38 y 40) lesiones quísticas en los ovarios de la señora F. que culminaron en el diagnóstico de “miomatosis uterina” llevando en definitiva a la conclusión médica de la imposibilidad de gestar en su vientre a un niño debido a la reiteración de patologías que lo tornaban inviable. Es más, de las constancias glosadas a la causa conforme el devenir de la atención médica actual de la señora F. surge acreditado que tiene una cirugía programada para histerectomía (extracción de útero) a causa de miomas y que en el

presente producen a la mujer fuerte anemia y sangrado severo, suministrándosele hierro por vía endovenosa (ff. 87/93). En suma, se halla suficientemente acreditado el extremo alegado en torno a la imposibilidad física de llevar a cabo la gestación por parte de la esposa. En este sentido y basada en la idea de ampliar el campo del derecho filial en Argentina que ha guiado una de las tantas modificaciones legales promovidas en el ámbito del derecho de las familias, entiendo justo propiciar en la causa la utilización de la técnica en cuestión por cuanto se trata de la herramienta que en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para una pareja heterosexual casada como en este caso, resulta la salida. Estudios médicos para la GS: Frente a este panorama y decididos a llevar adelante la práctica médica cuya autorización los accionantes peticionan, han acreditado la fertilidad de los espermatozoides de L, quien será el aportante de gametos, con la documental de ff. 56/59. Por su parte, consta acreditado también el apto físico de quien sería la gestante al acompañarse resultado sin anomalías de ecografía ginecológica (ff. 60/61) y análisis clínicos de ff. 62/63. Descripción general del procedimiento de fertilización mediante ICSI GS: En cuanto al procedimiento de fertilización a llevar cabo arguyen los interesados que se tratará de una inseminación artificial, donde el embrión será obtenido a partir de gametos aportados por el señor L y un óvulo de donante anónima (ovodonación) que se encuentra criopreservado en el Banco de óvulos respectivo y que luego será implantado en el útero de la gestante, configurándose así la práctica de GS (ff. 4 vta. y 19 vta.). Tal práctica ha sido además motivo de mayor explicación e identificación del Centro de Salud en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia celebrada en autos, en presencia del Ministerio Público Fiscal (f. 86). Voluntad procreacional del matrimonio: Tal como arriba se adelantara no hay dudas que existe en la pareja conyugal un claro deseo de ser

padres y que muestra de ello ha sido la suscripción del acuerdo de GS presentado a ff. 29/31. Del mismo es dable extraer que se verifica en la pareja F y L voluntad procreacional que es el presupuesto base de la existencia de la filiación en cuestión. Sobre el particular el Equipo Técnico de Familia ha concluido en su valoración diagnóstica que el matrimonio, ha realizado un proceso y un recorrido en torno a la paternidad-maternidad, que les permitió la realización de un duelo acerca de un modelo familiar tradicional dando lugar a nuevas alternativas y estrategias para concretar su proyecto familiar (ff. 83/84). Se destaca también que en este proceso han podido abrirse y comunicarse con sus redes cercanas significativas respecto de la decisión tomada y que a partir de las intervenciones profesionales, el matrimonio puede llevar adelante un proceso reflexivo que reconoce las complejidades y diferencias en las posiciones y condiciones de vida que cada una de las dos parejas involucradas ocupa en esta historia (f. 83 vta.). En definitiva, y con el auxilio de la intervención interdisciplinaria, es posible concluir que las decisiones tomadas por cada una de las partes involucradas han implicado procesos reflexivos que les han permitido reconocer la complejidad e impacto de este procedimiento. Se evidencia de manera clara y precisa en el caso de la pareja conyugal una auténtica voluntad que traduce la genuina intención o intencionalidad de hacer realidad la paternidad/maternidad aprovechando el auxilio científico, lo que pudo corroborarse en el momento de la intermediación con el Tribunal (f. 86). Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el señero fallo “Artavia Murillo” recordó que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, proveer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. La posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera, el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud

reproductivos lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo (cfr. [Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros \(“fecundación In Vitro”\) c. Costa Rica”, L.L. 28/12/2012 , 8 L.L. 2013-A , 160 DFyP marzo/2013, 179 con nota de Jorge Nicolás Lafferrière; Pablo O. Rosales; Mariangel Argañaraz; Sebastián Monjo, L.L. 04/04/2013.AR/JUR/68284/2012](#)). En suma, en esta tercera fuente filial reconocida por el art. 558 (primer párrafo) del CCyC la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el ‘querer ser’ progenitor.

*“...En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal...”* (cfr. C., G. J. s/Información Sumaria, Buenos Aires, 13/08/2015. MMCJuz. Civ. N°. Poder Judicial de la Nación en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=631&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=FILIACI%C3%93N>). Y tal voluntad se verifica en autos. Voluntad de la gestante y su salud física y psíquica: De las constancias arrojadas a la causa, especialmente las glosadas a ff. 60/63 y 82/84 y del contacto personal tenido por quien suscribe con la señora G e incluso su conviviente, es dable concluir que se encuentra en condiciones físicas y psíquicas de llevar a cabo la gestación pretendida. De este cuadro lo que ha podido evidenciarse es la existencia de una auténtica voluntad de prestar ayuda al matrimonio para que puedan ser padres, con clara idea de que no obstante prestarse a la práctica en cuestión, no poseerá ningún vínculo con el niño a gestar. En su valoración diagnóstica el Equipo Técnico del Fuero

ha constatado que G presenta “...un discurso en el que se infiere altruismo y reciprocidad hacia la pareja, como motores de su decisión frente a la posibilidad de llevar adelante una gestación subrogada” (ff. 83/84). Pero se aclara “...Altruismo, en el sentido de la comprensión de la situación de la pareja, empatizando con la misma y ofreciéndose como medio para concretar ese proyecto familiar. Y de reciprocidad, refiere a la posibilidad de retribuir la ayuda recibida por el señor L, en un momento importante de su vida. (...) Demuestra contundencia en la decisión de no tener más hijos, significando este embarazo desde un lugar solidario (ff. 83/84). Se advierte en la señora G “...cierta idealización de la situación en relación a este procedimiento, no obstante se infiere capacidad reflexiva y comunicativa sobre las implicancias que este procedimiento conlleva para con la misma y su entorno familiar. Este proceso analítico se efectúa posibilitando objetivar los cambios que conlleva esta decisión en su vida cotidiana familiar, incorporando el reconocimiento de situaciones no previstas. Otros aspectos a destacar son ciertos mecanismos defensivos, que la llevan a no conectarse con los aspectos emocionales que están y estarán implicados en el proceso a llevar adelante, minimizándolos” (ff. 83/84). Ahora bien, la señora G cuenta con el apoyo y la contención de su pareja, quien la acompaña y se compromete en este proyecto, lugar que es reconocido y valorado por parte de los señores L y F. De la intermediación ha podido percibirse claramente que la señora G puede objetivar que su participación está acotada al proceso de gestación, al cual ella y su familia destinarán y afectarán muchos meses de sus vidas. Asimismo diferencian con su pareja conviviente su proyecto de apoyo para la consecución del proyecto de paternidad/maternidad de los señores F y L; participación que culminaría con el nacimiento, previendo posteriormente lazos afectivos en el marco de la red familiar. En definitiva, no se advierte en la mujer que

será gestante un condicionamiento por la situación contractual (ff. 29/31) ni la expresión de sentimientos materno filiales sino una disociación. Existe clara voluntad actual de limitar su ayuda a la gestación, sin embargo ha surgido de la propia interesada ante lo conversado en audiencia, el ser acompañada terapéuticamente en el proceso y también para poder explicar mejor a sus hijos quién es el niño que gestará y quién será su mamá. Lo dicho resulta suficiente como para estimar salvaguardados los derechos a la propia dignidad de G como mujer y a su propio cuerpo y la función reproductiva, de modo tal que, en apariencia no se verifica ilegalidad sobre el punto y menos aún al no convalidarse judicialmente el convenio presentado. No se verifica conducta o comportamiento alguno reprochable en G quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo y con el acompañamiento de su familia, accede a cumplir un rol en la práctica en cuestión. Ir más allá implicaría una valoración ética que trasciende el marco del presente. Ante el derecho de la gestante a decidir sobre su propio cuerpo, lo que no puede dejar de verificarse es verificar que la decisión tomada haya sido arribada con absoluta libertad, y ello se evidencia en autos. Acompañamiento terapéutico: Se advierte que hay disposición en cada pareja de poner en palabras esta situación que están llevando adelante, tanto en relación a los hijos de la señora R V, como al proceso de construcción de identidad del hijo que nazca de este procedimiento por parte del matrimonio. Sobre el particular, todos reconocieron (f. 84) que un espacio terapéutico sería un recurso que permitiría procesar las propias vivencias y dificultades de cada parte involucrada, que pudieran derivar de esta situación. El matrimonio puede diferenciar sus expectativas de las de la señora G, dando participación a la misma en la toma de decisiones vinculadas al proceso de atención de la gestación, refiriendo que la cobertura de salud será brindada antes, durante y después del parto, entendiendo la

complejidad (material, social, emocional, familiar) que conlleva este proceso. Ahora bien, a partir de las intervenciones del Equipo Técnico y la intermediación del Tribunal se ha advertido que las decisiones tomadas por cada una de las partes interesadas han implicado procesos reflexivos individuales y familiares, que les posibilita reconocer la complejidad y los impactos que este procedimiento conlleva en sus vidas, tal como se ha destacado en el punto precedente. Sin embargo, también se puso allí de resalto que existe en la gestante cierta idealización del procedimiento y un mecanismo defensivo que intentaría separar las cuestiones emocionales de las biológicas implicadas. En este escenario, se valora necesario que cada uno de los miembros involucrados inicie un proceso terapéutico que los acompañe y oriente, en especial para la señora R V quien precisa contar con mayores recursos internos para abordar esta situación con sus hijos y familiares más cercanos y dar respuestas a las diversas situaciones que se le presenten en los diferentes momentos de este proceso, tal lo sugerido en la audiencia celebrada (f. 84). Por todo lo expuesto me inclino por habilitar la autorización pretendida, con la particularidad de sugerir un acompañamiento terapéutico durante el proceso de gestación y nacimiento. **VI) Inaplicabilidad del art. 562 del CCyC.** Cabe ingresar al análisis del planteo efectuado por los accionantes en cuanto a que de resultar exitosa la práctica médica, el o los recién nacidos/as sea/n incriptos/as a nombre de sus padres intencionales F y L. A tal fin, ineludible resulta recordar que la voluntad procreacional es el eje de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. De modo que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre en los términos que regula el CCyC, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA. Es tan así, que el art. 562 ibídem deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo

que vale para determinar un vínculo filial, sea que se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja; siendo ésta una de las diferencias sustanciales entre filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA (Herrera, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 487). Por el otro costado, y retomando las reflexiones que sobre el anteproyecto de reforma y unificación de la legislación civil y comercial se adelantaron en el punto IV c), no puede dejar de reconocerse que en su art. 562 se contemplaba de manera integral la GS, con una clara mirada constitucional y convencional, orientada al respeto de los derechos humanos. La regulación proyectada, habilitaba la GS de manera amplia e igualitaria, sin discriminación alguna para garantizar el derecho esencial a fundar una familia. Sin embargo, la normativa que resultó aprobada tal como arriba se destacó, guarda silencio en cuanto a la regulación de la figura. Ahora bien, ante lo que la doctrina ha denominado “postura abstencionista” del CCyC se plantea el interrogante de cómo resolver el conflicto que surge en virtud del silencio aludido. Participo de la inteligencia de la tesis que postula que la falta de prohibición expresa, habilita sin más la discrecionalidad judicial, bajo el principio de legalidad (arg. art. 19, Constitución Nacional) en directa protección de los derechos de todas las personas, en particular del derecho a formar una familia, la intimidad y realización personal, el acceso a la tecnología y hasta el interés superior del niño y el derecho a la identidad. En definitiva, adhiero al criterio según el cual conforme el sistema de fuentes interno en el derecho argentino, el borrar la GS del CCyC no implica prohibición. Encuentra sustento esta posición en la amplitud que consagra el art. 7 de la ley 26862 y, especialmente, en el resguardo de los derechos humanos personalísimos comprendidos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos,

los cuales junto con la Constitución Nacional ocupan el vértice de la pirámide jurídica, como lo expresa el CCyC en su Título Preliminar (Krasnow, Adriana N., Pitasny, Tatiana, “Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el CCCN”, 14.12.2015, Microjuris.com Argentina). Ahora bien, del contexto normativo vigente adviértase que la GS ha quedado excluida y “aparentemente” el art. 562 del CCyC adoptaría una postura desfavorable respecto de aquella al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante. Pero digo “aparentemente” por cuanto a juicio de la suscripta tan solo en apariencia se impediría a la señora F que ejerza su legítimo derecho a ser madre por una TRHA como la GS y por tanto no correspondería despejar el valladar contenido en el referido precepto legal por cuanto éste no se aplica en la especie. No resulta necesario declarar su inconstitucionalidad sino su inaplicabilidad al caso concreto y en ello no puede verse un eufemismo, sencillamente porque la hipótesis fáctica resulta absolutamente excluida de dicha norma. No corresponde abordar en el caso de marras la inspección de constitucionalidad del artículo en cuestión por cuanto practicar el test sobre una regla de derecho que en definitiva no resulta de aplicación en el caso, implica lisa y llanamente una declaración de inconstitucionalidad en abstracto. Como es sabido, el examen judicial de constitucionalidad, por cualquier vía que sea propuesto (incidental o de excepción, recursiva, de acción, etc.) integran las causas judiciales en la medida que sean pertinentes para la solución del pleito (cfr. Hitters, Juan C., “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, 2da. ed, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1998, p .692). Va de suyo, entonces, que frente a un planteo de inconstitucionalidad lo primero que debe verificarse es si el caso sometido a juzgamiento es susceptible de ser

subsumido en la normativa que se pretende invalidar. Si, en cambio, tal como ocurre en el sublite, la ley opugnada no es aplicable al caso, el juez debe abstenerse de pronunciarse acerca de su validez constitucional, limitándose a declarar su inaplicabilidad (TSJ Cba. Sala Civil y Comercial in re “First Trust of New York National Association c/ Galantini Gustavo Daniel y Otro – Ejecutivo Hipotecario – Inconstitucionalidad – Expte. F-27/10, A. I. 346 del 7/11/2013). Así lo ha sostenido en reiteradas oportunidades nuestro Tribunal Címero indicando que “...*la facultad-deber de los magistrados de declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, no implica aceptar la posibilidad de emitir dicha declaración fuera del caso justiciable. Ello así, por cuanto la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es un acto de suma gravedad institucional toda vez que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia*”(TSJ Cba., en pleno, Sec. Civil y Com. A.I. 97/09 en “Burgos, Jorge Aníbal c/ Hospital de Urgencias y otro – Ordinario – Daños y Perjuicios – Mala Praxis –Rec. de Inconstitucionalidad”; ídem A.I. N° 6/10 in re “Peralta, Héctor Hugo c/ Martínez, Mónica Alejandra y otro – Ejecutivo – Recurso de Inconstitucionalidad”. Partimos del supuesto de que toda norma vigente, dictada por el poder legislativo correspondiente conforme nuestro reparto de competencias, resulta en principio aplicable, siempre y cuando se den en un caso concreto los presupuestos normativos contenidos en la misma. Ahora bien, en casos determinados la jurisprudencia ha considerado que una norma puede resultar “inaplicable” por ciertas circunstancias del caso particular ajenas a los presupuestos normativos propiamente dichos, invocando por ejemplo cuestiones teleológicas derivadas de la aplicación conjunta de otras normas vigentes (TSJ Cba.

Sala CyC. Auto N° 241 del 18/09/08 in re “Eckert, Rubén Oscar C/ Dirección Provincial de Agua y Saneamiento (DIPAS) – Ordinario – Daños y perjuicios – Otras formas de responsabilidad extracontractual – Recurso de apelación – Recurso de inconstitucionalidad”). Nótese que cuando se quitó del anteproyecto de reforma del mentado CCyC la normativa que refería a la GS, en su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del art. 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo art. 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo art. 561 y sobre dicha sustracción se argumentó que “...*La GS es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la GS encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la GS del proyecto de reforma*” (Notrica, Federico “Las diversas estrategias legales en los procesos de Gestación por Sustitución. El trabajo artesanal de los abogados debido a la falta de regulación”, RDF 2018-IV, 111, AP/DOC/478/2018). Siendo ello así, y en el marco convencional en que se adscribe la norma del art. 562 del CCyC tal y como se encuentra prescripta en el derecho vigente no cabe sino conforme al máximo nivel de intensidad del control pertinente y en función

de la regla *pro persona*, inaplicar dicha norma en el caso concreto (arg. art. 29 Pacto de San José de Costa Rica). El hecho de que se haya silenciado del texto del CCyC a la GS no puede entenderse sino como abarcativo también de un silencio legal sobre uno de los aspectos propios de la figura tal la “atribución de la maternidad” respecto del nacido. Esta es a mi modo de ver la única lectura que permite el silencio legal y el alcance que este conlleva, a la luz de los fundamentos de la transitoria eliminación de la GS del texto legislativo vigente, en un todo de acuerdo a lo argumentado en el punto IV c) del presente. Por ello, al no quedar atrapada la cuestión de marras en el art. 562 del CCyC en punto a la determinación de la maternidad en la presente hipótesis, deviene abstracto el tratamiento de su validez constitucional. **VII) Certificado médico de nacimiento.** Estimo que a los fines del presente no resulta menester imponer modificación o alteración alguna en la conformación del certificado médico ya que cuando se efectúa el procedimiento de identificación (dactilar) se hace con el objeto de que conste en el legajo base de la inscripción del nacimiento, la información de la persona que gesta, además de involucrar en su confección una cuestión de seguridad propia del precisamente conocido como Protocolo de Seguridad de la institución médica respectiva. De lo contrario, estaríamos negando justamente la realidad gestacional del niño/a que nazca. Entiendo que la inquietud de los accionantes radica en que en la partida de nacimiento constará la filiación acreditada con los requirentes y no con la gestante, pero en dicha partida no constará ningún dato de ello, ni siquiera la forma en que ha sido concebido el niño, al igual que en cualquier otro caso tal como los nacimientos dentro o fuera del matrimonio o la adopción (art. 559 CCyC). Por ello, estimo que este segmento de la acción relativo a la pretensión de figurar el matrimonio en el certificado del obstetra en lugar de la gestante no resulta atendible. Es que ello

sería susceptible de vulnerar en particular el derecho del/la niño/a que nacerá a conocer su origen gestacional. **VIII) Nacimiento y anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.** Por todo lo analizado debe autorizarse la práctica de GS requerida debiendo las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 560 d y 561 el CCyC y en consecuencia, debe ordenarse que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la práctica médica en cuestión el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas inscriba al/la niño/a así nacido como hijo de los señores F y L sin vínculo legal con la señora R V. **IX) Derecho del niño/a eventualmente nacido/a a conocer sus orígenes. Realidad gestacional.** Contemplando el derecho a la identidad que también presenta un resguardo normativo (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle al niño/a eventualmente nacido mediante la GS que se autoriza, el acceso a conocer sus orígenes, de modo que se insta a los accionantes para que hagan conocer a su hijo/a su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender su historia vital. En tal dirección, se ha percibido la importancia que el tópico posee para los accionantes. En efecto, el CATEMU ha concluido que “...*La revelación del origen se valora como un derecho a la identidad, contando con disposiciones para llevar adelante esta tarea con el hijo nacido de este procedimiento*”(f. 84). Por su parte, estimo de suma importancia también traer al presente una recomendación efectuada por el Sr. Asesor Letrado a cargo de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia de este Poder Judicial en una causa idéntica tramitada en el interior provincial (Juzg. CCyC Bell Ville in re "D.R d. V. y otros - Solicitan homologación" Expte. 6554133 del 6/12/2018, ff. 118/119vta.) en cuanto a la conservación de los presentes obrados, para garantizar al niño/niña eventualmente

nacido el derecho de acceder al expediente y conocer su realidad gestacional (arg. art. 596 CCyC). En tal sentido, deberá tenerse presente el “valor jurídico permanente” de pleno derecho del que gozan las presentes actuaciones a tenor de lo dispuesto por el art. 5 de la ley 9360 de “Conservación, selección y destrucción de documentos judiciales”.

**X) Costas:** A mérito de tratarse de un caso donde no ha mediado controversia, las costas se imponen a los accionantes. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 26 (entendido en sentido contrario) de la ley 9459, no corresponde en esta oportunidad regular honorarios profesionales del abogado actuante. Por todo lo expuesto y lo prescripto por los arts. 19, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 18, 19 (incs. 1, 2, 3 y 7) y 20 de la Constitución Provincial, 1 y 2 del CCyC y demás normas legales citadas **RESUELVO:**1) Autorizar la práctica de la "Gestación por sustitución" entre los comitentes C F y A A L y la gestante señora G P del V R V, en la forma peticionada, esto es, por implantación del embrión formado por gametos del señor A A L (padre intencional) y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante nombrada; debiendo todos prestar su consentimiento ante el Centro de Salud elegido en los términos de los arts. 560 y 561 del CCyC. 2) No homologar el convenio de voluntad procreacional que corre glosado a ff. 29/31, vertido en Escritura Pública Número de fecha doce de diciembre de dos mil dieciocho, labrada por el escribano y rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC. 3) Declarar la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el presente caso de "Gestación por sustitución" y, en consecuencia, ante el vacío legislativo, ordenar que el niño/a nacido de la práctica autorizada al punto 1) del presente sea inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo, como hijo de C F y A A L. 4) Determinar que el niño/a nacido/a de la práctica autorizada al punto 1) del presente no

tenga vínculo jurídico con la gestante señora G P del V R V, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento. **5)** Recomendar a los señores C F, A A L y G P del V R V acompañar el proceso de gestación y nacimiento con terapia psicológica en los términos del Considerando V del presente; a cuyo fin, deberán acreditar su inicio en estos autos, dentro de los cinco días de notificada esta resolución. **6)** Instar a los señores C F y A A L a que en caso que se produzca el nacimiento, hagan conocer al niño/a acerca de su realidad gestacional, cuando tenga edad y grado de madurez suficiente. **7)** Disponer la conservación de las presentes actuaciones (arg. art. 596 del CCyC y art. 5 Ley 9360). **8)** Imponer las costas a los accionantes. **9)** No regular honorarios profesionales al abogado actuante, en esta oportunidad. Protocolícese, hágase saber y dese copia.-