

SENTENCIA NUMERO: 58. RIO TERCERO, 21/10/2020.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “**B., C. T. – B., N. S. – C., L. – Solicita homologación (Expte. n° 9353058)**”, de los que resulta que el 20 de julio de 2020, la Sra. C, el Sr. L, y la Sra. N, solicitaron la homologación judicial del acuerdo de gestación por sustitución, celebrado mediante escritura número cuatrocientos siete, de fecha 5 de diciembre de 2019, labrada por el escribano J; y que se autorice judicialmente la transferencia embrionaria en el útero de la Sra. N –gestante-, como consecuencia de la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), de conformidad al consentimiento previo, informado y libre otorgado por la nombrada y por los señores C y L –padres intencionales-; ordenándose, oportunamente, la inscripción del niño o niña que como consecuencia de la técnica de TRHA sea o sean dados a luz por la Sra. N, como hijo/s de C y L, debiendo oficiarse al Registro Civil a fin de que expida el certificado conforme a las pautas dispuestas en el art. 559 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Además, solicitan la inaplicabilidad del art. 562 del CCCN al presente caso, puesto que, consideran que atenta contra derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. En primer lugar, enuncian los antecedentes de la presente petición. Relatan que, la Sra. C y L se conocieron en la adolescencia, y que desde el comienzo de su relación supieron y desearon vivir toda su vida juntos y formar una familia. Detallan que, desde el inicio construyeron y se propusieron desarrollar una vida plena, basada en el amor, la comprensión, para crecer y explorar la felicidad. Continúan relatando que, en el año 2009, luego de haber cursado juntos la universidad, alcanzaron el título de Contadores Públicos e inauguraron su estudio contable; y que el 25 de noviembre del año dos mil diecisiete, luego de dieciocho años de noviazgo ininterrumpido y con siete años de convivencia, decidieron contraer matrimonio. Destacan que, en todo el tiempo transcurrido como pareja, la idea de poder ser padres siempre estuvo presente en sus pensamientos y sentimientos, siendo parte de su proyecto de vida. Pero, resaltan que, desde un principio fueron conscientes que, por el síndrome que padecía la Sra. C, sería complejo poder concretar el anhelo de tener hijos. Así, por los visibles avances en nuestro país, en términos médicos y jurídicos, con abundante jurisprudencia favorable y el proyecto en el

Congreso Nacional para que sea ley, consideran que la gestión por sustitución es el único método factible para ser padres. Explican que, C no tiene capacidad de gestar, pero sí la capacidad de concebir con material genético propio a través del uso de las técnicas científicas y médicas actuales, por lo tanto, alegan que se encuentran con la posibilidad de llevar adelante su voluntad procreacional. Añaden que, ello resulta posible en función del más loable acto de amor: el ofrecimiento por parte de N (hermana de C y cuñada de L) de ser la gestante de su niño/a. Expresan que, siempre se habló sobre este tema en la familia, y que N siempre fue convincente y segura, expresando en reiteradas oportunidades que llevaría en su vientre a su futuro bebé. Explican que, N, junto a su pareja, decidieron buscar a su primer hijo, que nació el día 22 de febrero de dos mil diecinueve. Manifiestan que, toda la gestación y el embarazo del bebé fueron exitosos y sin complicaciones médicas; y que N cumplió su deseo de tener a su bebé y de ser madre, por lo tanto, destacan que, se siente totalmente preparada y segura de poder ayudarlos a cumplir su sueño. Dicen que, el gesto de N sólo se basa en el amor incondicional hacia ellos y su conocimiento sobre su entrañable deseo de ser padres. Añaden que, todos los adelantos tecnológicos de la medicina en materia de salud reproductiva junto a extensas charlas familiares, les permitió sentir que sí pueden lograrlo y cumplir con tan ansiado anhelo. Saben que, lo único que los lleva a tomar esta difícil decisión es el amor mutuo y correspondido entre los tres; una total falta de interés económico; fundado solamente en el altruismo, la generosidad y el profundo cariño de los vínculos familiares en pos de concretar su ansiada aspiración de ampliar la familia y ser padres. Afirman que, se realizaron los estudios médicos respectivos, y que los resultados fueron muy buenos, por lo tanto, destacan que, el material genético de los padres intencionales es óptimo para la consecución de la práctica mencionada. Describen el procedimiento de fertilización. Explican que, se trata de una inseminación artificial, donde el embrión es obtenido a partir de gametos aportados por los padres intencionales (C y L); el embrión, que se encuentra criopreservado, luego será implantado en el útero de la gestante, configurándose así la práctica de gestación por sustitución. Continúan relatando que, N (la gestante) se encuentra en perfecto estado y aptitud física para poder portar y llevar adelante el embarazo. En segundo lugar, describen la patología de C. Relatan que, a los 17 años los progenitores de C decidieron hacerle estudios para poder tomar conocimiento de cómo se desarrollaba su cuerpo, ya que, a pesar de su edad, no había comenzado su primer ciclo menstrual. Continúan relatando que, luego de varios estudios le diagnosticaron “Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser”. Explican que, este síndrome, hace referencia a un trastorno congénito en mujeres en las que los conductos de Müller

embrionarios no se desarrollan, como consecuencia el útero no está presente en el nacimiento, pero si con ovarios funcionantes; y que el resultado es la imposibilidad física de poder llevar adelante el método de concepción natural. Continúan explicando que, el síntoma principal es una amenorrea primaria, es decir, el fallo en la aparición de la menarquía o primer ciclo menstrual. De este modo, reiteran que, la gestación por sustitución es el único método posible para lograr el anhelo de ser padres. En tercer lugar, ponen de resalto que, se han realizado diversos estudios médicos para llevar a cabo la práctica –gestación por sustitución-, y que, los resultados fueron altamente positivos. En cuarto lugar, describen el proceso de gestación por sustitución y, luego, el procedimiento de fertilización in vitro o transferencia embrionaria. Remarcan, la necesidad de una pronta resolución, como consecuencia de los tiempos biológicos, que son de gran relevancia para la obtención de óvulos fértiles por parte de la señora C –madre intencional-, y para que la implantación embrionaria tenga la mayor posibilidad de éxito en el cuerpo de la señorita N –gestante-. En quinto lugar, ponen de resalto los problemas que presenta la gestación por sustitución, como consecuencia de su falta de regulación legal. Al respecto, identifican que, el mayor problema reside en la atribución de la maternidad del nacido, porque en estos casos se disocia la maternidad genética, la gestacional y hasta la intencional. Por ello, atento a la falta de regulación de la técnica en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el aspecto de fondo como en el ritual, es que solicitan la homologación del convenio por sustitución, su posterior autorización a realizar la transferencia del embrión al útero de la gestante y la solicitud de inscripción registral del nacido como hijo/s de los comitentes o pro-genitores intencionales y no de la mujer que dará a luz. En sexto lugar, desarrollan los argumentos jurídicos de la gestación por sustitución. Así, fundan su petición en los principios de reserva (art. 19 la Constitución nacional –CN-; de autonomía de la voluntad; de voluntad procreacional; del interés superior del niño; y de identidad. Efectúan un desarrollo doctrinal de los principios enunciados. En efecto, sostienen que, el acuerdo que traen para su homologación no afecta el orden público, ya que –remarcan- la gestación por sustitución no se encuentra prohibida, y que el acuerdo tiene la finalidad de dirimir las posibles cuestiones que surjan durante el transcurso de la gestación y sobre todo la manifestación libre e incondicional de la voluntad de los intervinientes. En séptimo lugar, enuncian todos los derechos constitucionales y convencionales vulnerados: artículos 14 bis *in fine*, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; y en el sistema de protección derivados de los tratados internacionales “Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales” (PIDESC); “Declaración Universal de Derechos Humanos”(DUDH); “Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre” (DADDH); “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPD); “Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); “Convención sobre los Derechos del Niño”(CDN); que a través del art 75 inciso 22 de la Constitución Nacional resultan de plena aplicación inmediata en el derecho interno y en el presente caso. Asimismo, dicen que, se encuentran conculcados los siguientes derechos fundamentales: a) derecho a la vida y a la libertad reproductiva; b) derecho a la salud; c) derecho a la igualdad y no discriminación; d) derecho al goce de las nuevas tecnologías; e) derecho a la protección familiar; y f) derecho a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Efectúan consideraciones dogmáticas en torno a cada uno de los derechos enunciados. En octavo lugar, solicitan la inaplicabilidad del art. 562, CCCN, con fundamento en que el presente caso se encuentra absolutamente excluido de dicha normativa. Al respecto, explican que, el caso de autos trata de una maternidad subrogada gestacional; que la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la gestación por sustitución, expresando que gestante subrogada es la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Así, manifiestan que, en esta forma de filiación, el elemento fundante es la voluntad procreacional. Además, manifiestan que, la norma no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz. De este modo, estiman que, en el caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad. Por todo lo expuesto, solicitan la inaplicabilidad del art. 562, CCCN y se ordene que el niño/a nacido/a mediante dicha práctica, sea inscripto ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de los padres intencionales: C. y L., por cuanto no hay voluntad procreacional ni nexo genético entre el niño por nacer y la gestante, es decir, no hay razón alguna para atribuirle la maternidad a N. En noveno lugar, solicitan autorización para que los suscriptos, la Clínica de Alta Complejidad Nascentis –Especialistas en Fertilidad y Genética Reproductiva-, en donde se realizará la transferencia embrionaria, y el sanatorio donde finalmente nacerá el niño/a, operen bajo un amparo legal que dé pleno ejercicio a los derechos de todas las partes. A su vez, peticionan que, una vez llevado adelante todo el procedimiento médico y transcurrido el tiempo correspondiente a la gestación, que de nacer con vida el niño/a se ordene al médico obstetra que haga constar en el certificado de nacimiento médico correspondiente, que el niño/a nacido es hijo de los señores C y L (padres intencionales) y se ordene al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a que el niño/a sea inscripto como hijo de C y L. Finalmente, ponen de resalto que, mediante escritura número

cuatrocientos siete, de fecha 5 de diciembre de 2019, los comparecientes han suscripto un “acuerdo de gestación por sustitución”. Señalan que, en el C y L, como *padres intencionales*, y N, como *gestante*, acordaron y manifestaron: la voluntad de la gestante de ayudar a los padres intencionales para que sean padres biológicos de un niño/a, mediante un tratamiento médico de fertilización asistida, por el cual se le implantará a N un embrión que posee los gametos aportados por C y L. Destacan que, la voluntad de la gestante es altruista, desinteresada y basada en un acto de amor, haciéndolo en pleno uso de su capacidad física y mental y debido al hecho por ella conocido, que C, su hermana, por el síndrome que padece, no puede gestar hijos y el deseo profundo de los padres intencionales de formar una familia y ser progenitores. Resaltan aspectos doctrinarios de la gestación por sustitución. Hacen reserva del caso federal. Acompañan partidas de nacimientos de la Sra. C y de la Sra. N; acta de matrimonio de los progenitores de las comparecientes; partida de nacimiento del Sr. L; acta de matrimonio de C y L; acuerdo de gestación por sustitución formalizado por escritura nº 407; informes médicos; consentimiento informado Clínica de Alta Complejidad Nascentis; informe psicológicos de los comparecientes; convenio de cobertura médica y autorización del departamento de servicios sociales CPCE CBA para realizar el tratamiento; partida de nacimiento del hijo de N; y documento nacional de identidad de N, su hijo y su conviviente. Ofrecen prueba documental – instrumental; testimonial e informativa. Solicitan se apliquen las presunciones que favorecen a su petición. Detallan los derechos en los que fundan su petición. El 21 de julio de 2020, se imprimió trámite a la presente demanda. El 29 de julio de 2020, el Sr. Fiscal de instrucción, Dr. Alejandro Javier Carballo, asumió intervención en la presente causa. Diligenciada la prueba ofrecida por los peticionarios, se corrió vista de todo lo actuado al Sr. Fiscal de instrucción interviniente. El 15 de septiembre de 2020, la Sra. Fiscal de instrucción, Dra. Paula del Luján Bruera, evacuó la vista corrida, en reemplazo del primer fiscal interviniente. En aquella oportunidad, manifestó que nada tenía que objetar a lo requerido. El 2 de octubre de 2020, la actuaría certificó la realización de la audiencia personal con todas las partes involucradas en el presente caso. Acto seguido se insertó el decreto de autos; firme y consentido dicho proveído, quedó la presente causa en estado de dictar resolución. **Y CONSIDERANDO:**

I) Planteo de la cuestión. Los cónyuges, Sra. C y el Sr. L, por una parte; y la Sra. N, por otra parte, solicitaron la homologación de un convenio sobre “gestación por sustitución”. Por medio de

dicho acuerdo, se comprometen a realizar una técnica de fertilización asistida (vía *in vitro*) y posterior implantación en el útero (transferencia embrionaria) a la Sra. N –quien llevará adelante el embarazo- de un embrión conformado a partir de los gametos aportados por ambos cónyuges; a cuyo fin peticionan autorización judicial. Asimismo, solicitan que, en caso que se produzca el nacimiento del niño/niña, sea considerado hijo del matrimonio y no de la gestante. Para ello solicitan la inaplicabilidad del art. 562, CCCN. Finalmente, peticionan la inscripción en el certificado médico y de nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como padres intencionales. Corrida vista de todo lo actuado, el Sr. Fiscal de instrucción interviniente juzgó que no correspondía formular ninguna observación a lo requerido. Todo en función de los argumentos expuestos en la relación de los hechos de la causa, a los que me remito en honor a la brevedad. En estos términos quedó trabada la *litis*.

II) Homologación del “acuerdo por gestación por sustitución”. Improcedencia. Re-encuadre de la pretensión. Autorización judicial para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución. Los comparecientes han acompañado un “acuerdo de gestación por sustitución”, formalizado por medio de la escritura pública n° 407, del 5/12/2019, y compuesto de 22 cláusulas destinadas a regir la relación entre la gestante y los progenitores intencionales, persiguiendo su homologación. Tal pretensión resulta improcedente porque en el acuerdo acompañado se encuentran comprometidos derechos inalienables de las personas, que –como es sabido- resultan irrenunciables, irrevocables e intransferibles. De modo tal que, en el supuesto de incumplimiento, su ejecución forzosa no sería viable, precisamente porque no se puede obligar a realizar tales derechos coercitivamente. En este sentido, ya se ha expresado jurisprudencia provincial que comparto. Al respecto, se ha indicado que, un acuerdo de tales características no debe ser homologado porque [...] *en él se tratan derechos inalienables de las personas involucradas. Así, la homologación de un acuerdo privado es requisito a los fines de dar ejecutabilidad ante el incumplimiento de alguna de las partes, pero en el caso planteado esto no puede darse, precisamente, por los intereses en juego implicados* (Juzg. CCyC de Bell Ville, “D. R. d. V. y otros – Solicitan Homologación” Expte. 6554133, 6/12/2018). En sentido similar, se remarcó que [...] *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 [...] (Juzg. de Flia. 6° Cba., “F., C. y Otros - Solicita homologación”, del 13/8/2019). También, se resolvió la improcedencia de la homologación ya que ésta [...] traería aparejada la ejecución forzada del convenio en caso de incumplimiento lo que no resulta viable en la pretensión ventilada en atención de los derechos en juego, derechos inalienables de las personas, cuyo ejercicio no pueden ser limitados ni tampoco coercitivamente compelidos a realizar (Juzg. Civ., Com. y de Flia. de 2° Nom, Villa María, “R., L. A. y otros – Sumaria”, del 21/5/2020). En consecuencia, estimo que, el acuerdo acompañado no resulta susceptible de homologación judicial, porque, en función de la naturaleza de los derechos en él comprometidos, frente al incumplimiento de alguna de sus cláusulas no resulta posible su ejecución. Sin embargo, la jurisprudencia citada ha señalado que: *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 [...] y ello no puede ser soslayado para decidir la autorización pretendida [...] 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 [...] (Juzg. de Flia. 6° Cba., “F., C. y Otros - Solicita homologación”, del 13/8/2019). Bajo este razonamiento, el presente caso es re-encuadrado en una autorización para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución ante la laguna legal que existe en la materia; y el acuerdo acompañado será valorado como una prueba contundente para su resolución, puesto que, refleja la voluntad de los comparecientes de someterse a la práctica en cuestión. Efectuada dicha aclaración, estamos en condiciones de ingresar al tratamiento de la autorización peticionada.**

III) Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Gestación por sustitución. (i) Consideraciones generales. Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) son definidas en el art. 2 de la ley 26862 como [...] *los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.* Por su parte, la doctrina entiende que las TRHA son un [...] *conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos –extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de*

la mujer y su combinación con el 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, A.; Herrera, M. y Lamm, E., “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. La Ley, 8/8/2011, p. 1). Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la que resulta objeto del presente caso, es decir, la gestación por sustitución. Ésta se trata de una técnica de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente/s, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este/os último/s. Esta técnica tiene la particularidad de que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo (cfr. Notrica, F.; Curti, P. J. en Herrera, M. (Dir.), “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, pp. 14/15). Ahora bien, la técnica en cuestión no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento normativo positivo interno, puesto que, ella fue eliminada del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes al afirmar que, la eliminación de la figura no debe ser interpretada como una “prohibición” de realizar la práctica en cuestión. Se entiende que, aún sin ley, al no estar prohibida, la gestación por sustitución está permitida. Tal razonamiento emana del art. 19 de la Constitución nacional (CN) y de los derechos que la práctica involucra (v. gr. combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada; el derecho humano a fundar una familia; el derecho a la integridad física y mental; los derechos reproductivos de las personas; y el principio a la igualdad y a la no discriminación) [cfr. De Lorenzi, M. A.; Cappella, L. S. “Gestación por sustitución: cuando el derecho habla el lenguaje del amor”, comentario al fallo del Juzgado de Familia N° 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H.M y otro s/ medidas precautorias art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial ”; Juzgado de Familia N° 9, Bariloche, 2015-12- 29; RDF 2016-IV-136; XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 6 de Familia (Identidad y Filiación); Juz. Civ. Com y de Familia de 2° Nominación, Villa María, sentencia n° 47, 8/6/2018, “R., R. A. y otros – Autorizaciones” – Expte. n° 2908074); Juzg. Flia de 4° Nom., “A., P. A. y otro - Medidas urgentes”, Acta n.° 98, 21/5/2018; Juzg. de Flia. 6° Cba., “F., C. y Otros - Solicita homologación”, del 13/8/2019; Juzg. Civ., Com. y de Flia. de 2° Nom, Villa María, “R., L. A. y otros – Sumaria”, del 21/5/2020; **Juzg. N.° 8 Flia. La Plata,**

27/04/2020, “D. J. E. y otro/a s/ autorización judicial”; entre otros]. En definitiva, aún frente al vacío legal existente, la gestación por sustitución pretendida debe ser receptada favorablemente por la justicia, en la medida que no se lesionen derechos fundamentales de las partes ni de terceras personas. Coadyuva a esta interpretación, las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”. En dicho precedente, la Corte ha interpretado en forma amplia el art. 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, indicó que, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este sentido, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que, la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. Además, la Corte señaló que, el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: a) la autonomía reproductiva; y b) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Finalmente, el derecho a la

vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de facto para ejercer las decisiones reproductivas. Bajo tales premisas no caben dudas que, la autorización para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución corresponde sea admitida, aún cuando no existe, en nuestro ordenamiento positivo, una ley específica que la integre como una técnica de reproducción humana asistida. Así, a los fines de su procedencia, **resulta necesario examinar la voluntad procreacional de los comitentes y el consentimiento de la gestante. En otras palabras, por un lado, con relación a los comitentes, corresponde verificar que exista en ellos la voluntad procreacional en los términos del art. 562, CCCN, entendida como [...] deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas** (Gil Domínguez, A. “La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico”, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12). Por el otro lado, con relación a la gestante resulta necesario que su voluntad no se encuentre viciada; que tenga una verdadera noción de la acción que está emprendiendo; que tenga condiciones de salud física y psíquica que le permita llevar adelante el embarazo de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer; y que no aporte el material genético, para así evitar que, además de ser la madre gestacional, lo sea también biológica (Juzg. Flia 5° Nom., de Córdoba, AI n° 243, 25/4/2019, “V. A. B. y Otros – Solicita homologación”). Bajo tales premisas corresponde ingresar a valorar las constancias de la causa.

(ii) Valoración de las constancias de la causa. (a) Voluntad procreacional de los comitentes.

De las constancias de la causa, surge que, C y L contrajeron matrimonio el 25 de noviembre de 2017 (cfr. acta de matrimonio adjunta como documental al escrito de demanda). Según sus dichos, dicho matrimonio se concretó tras dieciocho años de noviazgo (cfr. manifestaciones vertidas en el escrito de demanda y en los informes psicológicos). A la fecha de la presente resolución –octubre 2020-, C cuenta con 35 años de edad y L con 41 años de edad (cfr. partidas de nacimientos adjuntas como documental al escrito de demanda inicial) y ambos se desempeñan como contadores públicos. Según los diversos estudios médicos acompañados y debidamente reconocidos en los términos del art. 248, CPCC, en el año 2002, se le realizó a la Sra. C una laparoscopia en la que se le diagnosticó el síndrome *Rolitsansky – Küster – Hauser*. Dicho diagnóstico implica que la Sra. C no presenta útero, lo que, en definitiva, le impide gestar en su

vientre a un niño. De esta manera, se encuentra suficientemente acreditado el extremo alegado por la Sra. C en cuanto a su imposibilidad física de llevar adelante la gestación como consecuencia del síndrome que padece. Frente a este cuadro de situación, la gestación por sustitución se presenta como la única alternativa posible para que el matrimonio pueda concebir sus propios embriones. Esto es así porque, del resto de los estudios médicos acompañados –que han sido debidamente reconocidos por quienes los expidieron- surge acreditada la fertilidad de los óvulos de la Sra. C y los espermatozoides del Sr. L. Incluso, el matrimonio ya cuenta con un pre-embrión criopreservado, para ser implantado en el útero de la gestante. Dicho embrión ha sido obtenido a partir de gametos aportados por el Sr. L y un óvulo de la Sra. C, mediante el procedimiento de fertilización *in vitro*, llevado a cabo en el Centro Médico “Nascentis”. Esta circunstancia demuestra que esta pareja tiene el claro deseo de alcanzar la maternidad/paternidad y, en consecuencia, han suscripto, no sólo, el acuerdo de gestación por sustitución, sino además, el consentimiento informado en el respectivo Centro de Salud. De dichas constancias resulta posible verificar la voluntad procreacional de C y L, presupuesto esencial para la existencia de la filiación en cuestión. Sobre el particular, la Lic. Patricia A. Demichelis ha llevado a cabo un proceso de psicodiagnóstico y tras la valoración del matrimonio concluyó que: *[...] El deseo de un hijo tiene una larga trayectoria que ha pasado por diversas etapas, manifestando ambos que esta intención de concretarlo ha sido madurada, consensuada y elaborada [...].* Además, la licenciada destacó que: *[...] Como pareja atravesaron diferentes momentos en relación al deseo y la posibilidad (o imposibilidad) de la parentalidad, pero cada uno de ellos ocurrieron en el marco del procesamiento defensivo neurótico, es decir dentro de la normalidad. Han utilizado mecanismos del orden de la racionalización, la negación, pero sobre todo la sublimación, es decir, la transformación de la ansiedad en trabajo. Ambos coinciden en que este es el momento en que mejor se sienten todas las partes para llevar adelante la posibilidad de la paternidad/maternidad [...].* De esta manera, es posible concluir que, la pareja conyugal, conformada por C y L, presenta una auténtica voluntad procreacional, es decir, una genuina intención de hacer realidad la maternidad/paternidad, por medio del auxilio de las nuevas técnicas científicas. A su vez, dicha voluntad ha podido corroborarse en la audiencia celebrada el 2 de octubre de 2020 en los estrados del Tribunal con todas las partes intervinientes. En este sentido, la Dra. Menta ha señalado que: *[...] en esta tercera fuente filial reconocida por el art. 558 (primer párrafo) del Cód. Civ. y Comercial 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. MMC Juz. 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>)[Juzg. de Flia. 6° Cba., “F., C. y Otros - Solicita homologación”, del 13/8/2019]. Por todo lo expuesto, corresponde tener por verificado la existencia de un auténtico y genuino deseo de tener un hijo o hija por parte de C y L, es decir, voluntad procreacional. **(b) Consentimiento y salud de la gestante.** De las constancias obrantes en la causa surge que, N cuenta con 36 años de edad, a la fecha de la presente resolución (cfr. partida de nacimiento acompañada como documental adjunta en el escrito inicial). Asimismo, se encuentra acreditado que C y N son hermanas; N ha conformado una relación convivencial con el Sr. G; y que fruto de dicha unión N y G ha tenido un hijo, G (cfr. partidas de nacimientos y acta de matrimonio de los progenitores de ambas comparecientes acompañadas como documental adjunta en el escrito inicial; y conforme a los dichos y demás información que surge del escrito de demanda inicial, corroborados en el momento de la inmediatez con el Tribunal). Además, de los certificados médicos acompañados y del proceso de psicodiagnóstico realizado es posible concluir que N S se encuentra en condiciones físicas y psíquicas para llevar a cabo la gestación pretendida. En su valoración diagnóstica, la Lic. Patricia Demichelis ha puesto de relieve que: [...] *Se observa que la idea de ofrecerse a la maternidad por sustitución ha sido decidida, madurada desde hace mucho tiempo, y luego cuando formó pareja con su compañero G fue adecuadamente convenida y consensuada con él. Incluso, la Lic. Demichelis indicó que: [...] Su pareja conoce los deseos de N de ser la gestante del hijo/a de su hermana incluso antes de que tuvieran un proyecto familiar conjunto, y él apoya esta decisión. Tiene un hijo pequeño, transitó tanto el embarazo como el puerperio con las inquietudes propias de esa etapa y ha logrado un vínculo nutricional, sano y gozoso con su hijo. Si bien siempre se manifestó dispuesta a gestar a su sobrino/a, el haber atravesado la experiencia de la gestación le da más tranquilidad para llevar adelante el proceso al que se enfrenta. Considera que cuenta con los recursos internos para manejar las demandas e inquietudes que este pudiera generar en su entorno cercano y extendido. Cabe destacar que ya ha tenido charlas con sus médicos, familia política y amigos, asesorándose y compartiendo con ellos**

la firme convicción que tiene de ocupar este rol. En su discurso se observa una adecuada capacidad para discriminar roles y funciones en el proceso de gestación por sustitución, manifestando también mucha tranquilidad respecto de la manera de comunicar esto a su propio hijo. Es importante destacar que esta idea anida también desde tiempo en la historia familiar de la familia B, siempre se consideró la posibilidad que la gestación por sustitución la llevara a cabo alguna de las mujeres de la familia, comenzado en principio por la madre. Con el tiempo esta idea fue modificándose y hoy no solo los principales involucrados sino todo el grupo familiar extenso coinciden en que N es la indicada y este es el momento. De las valoraciones formuladas por la licenciada en psicología se evidencia que N tiene una auténtica voluntad de ayudar al matrimonio, especialmente, para que su hermana pueda ser madre; en su discurso surge claro el rol de gestante del niño/a del matrimonio y la comprensión de las implicancias que este procedimiento conlleva para con ella misma y su entorno familiar. Sobre este aspecto, resulta importante subrayar las siguientes consideraciones efectuadas por la Lic. Demichelis, en cuanto a que: *Tanto N como C y L muestran claramente que esta decisión tiene un tiempo prologando de construcción en el ámbito de lo vincular y de la familia extensa. Es algo que siempre se habló y estuvo dentro del universo de posibilidades, solo que en este momento consideran que están dadas las condiciones para efectivizarlo.* De tales consideraciones es posible concluir que la decisión de la Sra. N de participar en el proceso de gestación del hijo/a de su hermana ha sido elaborada a lo largo de su historia familiar; sin que exista alrededor dicha decisión condicionamientos de ninguna naturaleza. Por el contrario, tal decisión constituye un verdadero y auténtico acto de amor familiar, que cuenta con el apoyo de toda la familia B, de la pareja de N y de su familia extensa. Además, de la audiencia llevada a cabo con las partes intervinientes surgió claramente que la Sra. N y G prestarán apoyo para que C y L puedan lograr la maternidad/paternidad tan anhelada, y que dicha participación culminará con el nacimiento, con independencia de los lazos afectivos que se desarrollarán como consecuencia de la conexión familiar de una a las mujeres implicadas en esta práctica. En definitiva, es posible concluir que, la Sra. N ha accedido a cumplir el rol de gestante del hijo/a de su hermana en pleno uso de la libertad de su cuerpo y cuenta con el acompañamiento de toda su familia y su pareja. Coadyuva a esta decisión, la evaluación interdisciplinaria llevada a cabo por la Lic. Silvia Biscaldi y la Lic. Paula Rolando, quienes concluyeron que: *Desde lo manifiesto se infiere que se trata, tanto en lo personal como en lo grupal, de personas y sistemas familiares que evidencia comprender el alcance y responsabilidad del acto a realizar. Que no solo los une un vínculo*

sanguíneo, sino también sentimientos, afectos y contención saludable, en forma mutua. Empatizan rápidamente con la situación del otro, sea quien sea, acudiendo en su ayuda y actuando como un colectivo familiar que participa activamente en pro de lo que alquilen, dentro de su grupo, necesite. Todos los entrevistados evidencian, a las claras, que la vida, la familia, el trabajo y el estudio, son valores fundamentales dentro de su entorno. Tanto sus lenguajes, sus pensamientos, sus razonamientos y el proceso de construcción de sentidos sobre sus vidas, denotan un alto nivel de elaboración mental y emocional configurando con esto un adecuado funcionamiento de sus procesos integrativos. Por todo lo expuesto, y de las valoraciones antes formuladas de las que surge la existencia de una auténtica voluntad procreacional del matrimonio y el consentimiento libremente prestado de la Sra. N, corresponde hacer lugar a la pretensión formulada y re encuadrada en una autorización judicial para recurrir al procedimiento de gestación por sustitución.

IV) Inaplicabilidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación al caso concreto planteado. Como se ha señalado en el apartado precedente –considerando III), apartado (i)- la circunstancia que la gestación por sustitución haya sido eliminada del Código Civil y Comercial de la Nación no implica que dicha práctica se encuentre prohibida. Por el contrario, el resguardo de los derechos humanos personalísimos, en particular, el derecho a formar una familia; a la intimidad y realización personal; la no discriminación; y el acceso a la tecnología, imponen la necesidad de admitir la realización de la práctica en cuestión, siempre que se acredite la existencia de la voluntad procreacional en los comitentes y el correspondiente consentimiento libre de la gestante; presupuestos que ya han sido abordados precedentemente. No obstante, el hecho que la gestación por sustitución haya quedado excluida del Código plantea ciertas dificultades con relación al art. 562, CCCN, en cuanto dispone: *Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.* De los términos en los que ha quedado redactado el artículo transcrito parecería que no se podría reconocer la maternidad de la progenitora comitente o intencional; en cambio, sólo correspondería reconocérsela a la mujer gestante. Pero, tal como lo han peticionado los comparecientes y siguiendo la línea jurisprudencial en tal sentido, estimo que la aludida norma no resulta aplicable a este caso particular, sin que para ello resulta necesario pronunciarse sobre su test de constitucionalidad. Esta solución se justifica puesto que, la plataforma fáctica que rodea al caso concreto resulta totalmente excluida de aquella

norma. Siguiendo este razonamiento, como la gestación por sustitución no se encuentra regulada, cabe concluir que tampoco se han regulado las cuestiones atinentes a la determinación de la maternidad en estos supuestos. Por consiguiente, no resulta posible aplicar lo dispuesto por el art. 562, CCCN para la determinación de la filiación, sencillamente porque dicha norma no alcanza a la gestación por sustitución. En efecto, se ha entendido que no resulta necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 562, CCCN [...] *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 [...] El hecho de que se haya silenciado del texto del Cód. Civ. y Comercial a la [gestación por sustitución] 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 [gestación por sustitución] del texto legislativo vigente (Juzg. de Flia. 6° Cba., “F., C. y Otros - Solicita homologación”, del 13/8/2019). Con anterioridad ya se había dicho que: [...] la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial no resulta necesaria, puesto que dicha normativa admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio (Juzg. Flia de 4° Nom., “A ., P. A. y otro - Medidas urgentes”, Acta n.º 98, 21/5/2018). Por añadidura, resulta conveniente destacar que, en las técnicas de reproducción humana asistida la voluntad procreacional, expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento en los términos que regula el CCCN, es lo que determina el vínculo filial, ya sea que en la práctica médica se haya utilizado material genético de un tercero o de la propia pareja. En otros términos, hay una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional ya que prima la voluntad sobre lo biológico. De esta manera la filiación queda determinada por el elemento volitivo, conformándose lo que se ha dado a llamar la verdad voluntaria o consentida, al lado de la verdad biológica y verdad genética (Lamm, E.; Herrera, Marisa; Comentario al art. 562, en: Kemekamjer de Carlucci, A.; Herrera, M.; y Lloveras, N. (directoras). “Tratado de Derecho de Familia”, RubinzalCulzoni, 2017, T. II, p. 502). Así, se ha expresado que: [...] en el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece*

clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna. Por otra parte la norma no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida (Juzg. Flia 2º Nom. de Córdoba, 22/11/2017, Auto nº 930, “R., L. S. Y otros – Solicita Homologación). Incluso, recientemente se ha sostenido que: [...] la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal, fortaleciendo el elemento volitivo como determinante del vínculo filial. O dicho de otro modo, hay una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional ya que prima la voluntad sobre lo biológico [...] se impone una realidad socioafectiva marcada por el consentimiento (intención o voluntad procreacional) por sobre la realidad genética. Por ello, en el caso de autos el art. 562 CCyC en tanto otorga primacía al elemento biológico no resulta aplicable ya que, como se destacó, es la voluntad la que ilumina este pedido de autorización judicial. Y esa voluntad no sólo está exteriorizada por los progenitores intencionales sino también por la gestante. En esta inteligencia, el sólo hecho de la gestación no convierte a una mujer en madre, si además no asume responsablemente los deberes y funciones parentales, sumado al hecho que no hay vinculación genética entre el niño/a y la gestante porque el óvulo procede de una donación anónima. En este sentido, en el caso, no hay voluntad procreacional y no hay nexo genético, por lo cual no existe razón alguna para atribuirle el hijo/a a la gestante. En virtud de todo ello la voluntad procreacional se erige como la única respuesta razonable para resolver la identidad filiatoria del niño/a nacido por la [gestación por sustitución] (Juzg. Civ., Com. y de Flia. de 2º Nom, Villa María, “R., L. A. y otros – Sumaria”, del 21/5/2020). Por todo lo expuesto, en cuanto a la determinación de la maternidad, no corresponde aplicar lo dispuesto por el art. 562, CCCN, en tanto el caso traído a estudio no se encuentra contemplado en dicha norma. **V) Certificado médico de nacimiento.** A los fines de la conformación del certificado médico de nacimiento, no resulta necesario imponer modificación o alteración alguna, puesto que, cuando se efectúa el procedimiento de identificación (dactilar) se realiza con el objetivo de que conste en el legajo, base de la inscripción del nacimiento, la información de la persona que gesta. Además, su confección involucra una cuestión de seguridad propia del Protocolo de Seguridad de la institución médica respectiva. De lo contrario, estaríamos negando justamente la realidad gestacional del niño/a que nazca. **VI) Nacimiento y anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.** En función de todo lo expuesto,

corresponde autorizar la práctica de la gestación por sustitución requerida y, en consecuencia, de producirse 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 la Sra. C y del Sr. L, sin vínculo legal con la Sra. N. **VII) Derecho del niño/a eventualmente nacido/a a conocer sus orígenes. Realidad gestacional.** A los fines de garantizar el derecho a la identidad del niño/a por nacer por gestación por sustitución (arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle su derecho a conocer sus orígenes (art. 596, CCCN). De esta manera, se insta a los accionados 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. A tales fines, 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” (Juzg. CCyC Bell Ville in re "D.R d. V. y otros Solicitan homologación" Expte. 6554133 del 6/12/2018). **VIII) Costas.** Las costas se imponen a los peticionarios. **IX) Honorarios.** Atento a la falta de previsión expresa, entiendo que resulta aplicable por analogía lo dispuesto por el art. 77, inc. 3, ley 9459. De esta manera, teniendo en cuenta las pautas cualitativas establecidas en el art. 39, ley 9459, especialmente las pruebas aportadas, el tiempo insumido en la sustanciación de la causa y la naturaleza de las cuestiones debatidas, estimo equitativo regular los honorarios de la Dra. Gabriela del Carmen Guillen en la suma de pesos sesenta y un mil sesenta y siete con veinte centavos (\$61.067,20), esto es, el equivalente a cuarenta (40) jus y en función de su valor al momento del dictado de la presente resolución -\$1.526,68-. Por todo lo expuesto y las normas legales citadas, **RESUELVO:**1) Autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre los comitentes, Sra. C, y Sr. L, y la gestante, Sra. N, en la forma peticionada, esto es, por implantación del embrión formado por gametos de la Sra. C y del Sr. L (progenitores intencionales) en el útero de la gestante nombrada. 2) Declarar la inaplicabilidad del art. 562, CCCN 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 la Sra. C, y del Sr. L 3) Determinar que el niño/a nacido/a de la práctica autorizada al punto 1) del presente no tenga vínculo jurídico (materno-filial) con la gestante Sra. N, sin perjuicio de quedar asentada en ese carácter (de gestante) y así deberá figurar en el certificado médico de nacimiento. 4) Instar a la Sra. C y al Sr. 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. 5)

Disponer la conservación de las presentes actuaciones. **6)** Imponer las costas a los peticionarios. **7)** Regular los honorarios de la Dra. Gabriela del Carmen Guillen en la suma de pesos sesenta y un mil sesenta y siete con veinte centavos (\$61.067,20). Protocolícese, hágase saber y dese copia.