

**Exp. núm. 229283**

Bahía Blanca,

**Vistos:** Estos autos "A.P.G. R. Y OTROS S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS (ART. 232 DEL CPCC)",

**Resulta: Primero:**

**A) Introducción:** En su escrito del 16/2/2022, G, R y E, promovieron *"medida cautelar autosatisfactiva en el marco del proceso de gestación por sustitución intrafamiliar que llevan adelante los suscriptos, G y R, en el Centro Fertilis Medicina Reproductiva... y por el cual con fecha 30 de julio de 2021 se le transfirió a la prima hermana de H, E... quien conocedora de las difíciles circunstancias que atravesaban, en forma altruista, libre, autónoma y desinteresada les propuso en virtud de su estrecho vínculo socioafectivo y familiar, llevar adelante un embarazo para que ellos puedan concretar su proyecto parental"*. Añadieron que el resultado fue positivo en un primer intento y se encuentra en curso un embarazo evolutivo con fecha de parto estimada y probable para el 11 de abril de 2022,.

**B) Petición:** Seguidamente solicitaron:

a) se decrete la inconstitucionalidad de los arts. 562 y 565 del CCyC en relación al alumbramiento de la niña L, en razón que los mismos cercenan derechos consagrados en principios convencionales constitucionales de derechos humanos

b) al momento del nacimiento se ordene la inmediata inscripción de la niña L como hija de G y R en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires – Delegación Bahía Blanca, quienes han expresado su unívoca voluntad procreacional debidamente en los consentimientos informados especiales de reproducción humana asistida de alta complejidad heterólogo en el marco de proceso de gestación por sustitución de fecha 30 de julio de 2021 suscriptos en su carácter de comitentes/requirentes/ pretensos progenitores

c) se informe y ordene al Hospital Privado del Sur de esta ciudad , lugar donde se llevará a cabo el nacimiento, que los únicos autorizados al retiro de la niña L, luego de su nacimiento y posterior alta médica sean sus progenitores, G y R

d) se ordene en forma inmediata el alta de la niña L en OSDE S.A. -

e) se otorgue licencia laboral para la Sra. E en su carácter de gestante por el período anterior y posterior al parto.

**C) Fundamentos fácticos:** G expuso que su imposibilidad de ser madre data del año 2012, atento a un terrible accidente con su vehículo por el cual presentó múltiples lesiones, permaneciendo en coma y requiriendo diversas intervenciones quirúrgicas. Sostuvo que aun presenta secuelas de ese accidente, siendo la más difícil de asumir su imposibilidad de concebir y gestar un hijo/a en su vientre. Añadió que en 2015 conoció a H, comenzando la convivencia a los pocos meses y surgiendo el deseo de ser padres. Reseñó que efectuaron averiguaciones en Estado Unidos, opción que les resultó económicamente inalcanzable, y posteriormente se inscribieron en el registro de adoptantes, quedando sujetos a las esperas propias del proceso de adopción, sin tener ninguna novedad hasta la fecha. Hizo referencia al desgaste físico, emocional y familiar que los llevó a abandonar su deseo, resaltando que para su sorpresa, la prima hermana de H, E, y su marido, L, al tomar conocimiento de la situación efectuaron *"la más esperanzadora propuesta y el acto de amor más grande que jamás hubiéramos esperado, E nos propuso gestar a nuestro hijo"*.

Ello así, se hicieron las averiguaciones pertinentes y concurrieron al Centro de Fertilidad Fertilis donde iniciaron el procedimiento.

Explicaron que E es prima directa de H y siempre tuvieron un vínculo afectivo muy fuerte; describiéndola como una persona bondadosa y cálida, habiendo consensuado que será la madrina de la niña, viéndola crecer y compartiendo momentos junto a sus hijos, quienes tomaron la noticia con naturalidad.

**D) Argumentos jurídicos:** Basaron su pedido en:

a) *Las distintas formas de vivir en familia y el derecho a la igualdad y no discriminación:* Puntualizaron que H y G han iniciado un proyecto conjunto y, dada la discapacidad que le generó el accidente a G, solo pudieron hacerlo, mediante la

técnica de reproducción asistida de alta complejidad heteróloga a través del método de gestación por sustitución. Sostuvieron que, para acceder a este derecho humano y, en condiciones de igualdad y no discriminación y respetar y garantizar los derechos de todas las partes, en especial los derechos de L, la niña por nacer, es que se lleva a cabo esta presentación.

b) *El derecho a procrear y a formar una familia.* Explicaron que el reconocimiento de este derecho determina el deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Asimismo involucra el derecho a la salud, a la intimidad, a decidir libremente sobre sus funciones reproductivas y al libre desarrollo de la personalidad.

c) *La Voluntad Procreacional como factor determinante de filiación en la gestación por sustitución:* Sostuvieron que, en el presente, fue exteriorizada debidamente en los consentimientos informados que acompañaron. Precizaron que el procedimiento de gestación por sustitución aborda una TRHA permitida, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, atento al principio de legalidad (art. 19 CN). Agregaron que en estos casos la aplicación del art. 562 es ilógica e irrazonable. Puntualizaron que E ha manifestado expresamente que no tiene deseos de tener un hijo propio respecto el procedimiento que se somete, no existiendo vinculación genética, biológica ni volitiva alguna con la persona por nacer.

d) *Derecho a la identidad de la niña por nacer:* Manifestaron que el derecho a la identidad y el derecho a la integración jurídico-familiar del niño no se encontrarán debidamente satisfechos hasta tanto no se agoten los medios para que se efectivice el emplazamiento correcto. Añadieron que ello genera un conjunto de derechos y obligaciones, incluyendo el tener un nombre desde el nacimiento y construir su identidad tanto en su faz estática como dinámica.

e) *El control de constitucionalidad y convencionalidad en el caso, así como la obligación de resolver en clave constitucional convencional:* Indicaron que en este paradigma, los jueces y juezas cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las lagunas que existen entre la Constitución sumada a la Convención y la ley, cuando deben resolver un caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad. En función de ello, peticionaron que se declare la inconstitucionalidad y anti convencionalidad del art. 562 del CCyCom., que en el caso concreto de gestación por sustitución, no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz, constituyendo una barrera para el ejercicio de derechos humanos fundamentales. Añadieron que, tanto desde un razonamiento de pura lógica, hasta un razonamiento fundado en la interpretación armónica y coherente en diálogo de fuentes internas y convencionales se arriba a esta misma conclusión.

**E) Vía procesal elegida y otras consideraciones:** Efectuaron consideraciones en relación a las medidas autosatisfactivas, explayándose sobre los recaudos para su procedencia, los que encontraron abastecidos; adjuntaron y detallaron documental; ofrecieron prueba y fundaron en derecho.

**Segundo:** En fecha 21/2/22 se dio curso al presente, proveyendo la prueba ofrecida. Se adjuntó informativa (9/3/22, Centro de Fertilidad Fertilis; 10/3/22, médico obstetra interviniente; 18/3/22, HPS; 29/3/22, Hospital Italiano de Bs. As.) y se mantuvo audiencia con todo el grupo involucrado (acta del 18/3/22). Asimismo se agregó informe de seguimiento peticionado por la suscripta (22/3/22).

**Tercero:** En fecha 29/3/22 el Sr. Agente Fiscal sostuvo que quedó acreditada la imposibilidad de concebir y gestar de la señora A y se probó la manifiesta voluntad procreacional de la nombrada y del Sr. L. Añadió que si bien la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se halla regulada, corresponde aplicar el principio de legalidad del art.19 de la CN. Agregó que no se advierte perjuicio en el interés superior del niño ni en el derecho a la identidad derivado de la pretensión de los presentantes de autos. Ello así, y ponderando la normativa convencional aplicable al caso en un todo armónico a fin de garantizar el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, consideró que corresponde proveer favorablemente las peticiones, declarando la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCivCom., en el caso concreto de gestación por sustitución, y ordenar inscripción en la que conste como progenitores de la niña L, la señora G y el señor R. Asimismo, indicó que debe exhortarse a las partes a informarle a la menor, cuando su madurez permita comprenderlo, las circunstancias de su nacimiento. Por último, estimó que

corresponde ordenar que se le otorgue licencia laboral a la señora F.-

**Cuarto:** La Sra. Asesora de Incapaces dictaminó que corresponde hacer lugar a la demanda, decretándose la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C. y C. en el caso de autos, ordenándose la inscripción de la niña por nacer como hija de los Sres. G y R, informándose al Hospital Privado del Sur lo resuelto en autos a los fines del egreso de la niña del nosocomio, dejándose expresa constancia que todas las partes involucradas se comprometen a partir del momento en que L adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional

Para así dictaminar, sostuvo que a los fines de evaluar el presente corresponde partir de lo dispuesto por el art. 19 de la C.N., añadiendo que la interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos. Así, la ley debe interpretarse tomando en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad; en tanto no afecten el orden público, por cuanto la gestación por sustitución no se encuentra prohibida. En este sentido sostuvo que no lo conculca, pues de haber sido así no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634. Añadió que convenir que sólo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona, conlleva a que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, desplazando a quien sí lo persigue y que sólo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Agregó que la gestación por sustitución específicamente, concreta la posibilidad de formar una familia y coloca en una situación de paridad a todas las personas, citando normativa convencional para avalar dicha afirmación.

Asimismo se refirió a la identidad personal, la cual entraña importancia especial durante la niñez, destacando que la propia CIDN indica que el niño/a deberá ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Seguidamente encontró acreditada la imposibilidad de gestar de la Sra. G e hizo referencia al acuerdo celebrado por toda las partes para llevar adelante esta práctica, habiendo brindado todos su consentimiento informado, voluntades que fueron ratificadas en la audiencia celebrada en autos.

Concluyó que, respecto de la niña por nacer, la totalidad de la prueba aportada así como la entrevista con los requirentes y la gestante han logrado generar la íntima convicción que el superior interés de L y su derecho a la identidad se verá resguardado y respetado en tanto su emplazamiento filiatorio resulte de acuerdo a la voluntad procreacional de los Sres. G, y R.

Con respecto al pedido de inconstitucionalidad del art. 565 del C.C.C., considerando que dicha norma no regula supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, entendió que no correspondería resolver conforme lo pedido. Finalmente indicó que la solicitud de alta de la niña en OSDE, atento la solución propuesta, resulta abstracta. En igual sentido se expidió respecto de la licencia para la Sra. F, dado que se encuentra gozando de la misma.

**Y considerando:**

**Primero: a)** Con la documental adjuntada al escrito de inicio se constata el vínculo entre R(comitente) y E (gestante), quienes resultan ser primos hermanos. Asimismo se acredita la condición de salud de G (cominente y pareja conviviente del Sr. L), a quien se le contraindicó cursar un embarazo atento a las secuelas del accidente de tránsito sufrido en 2012. Además, la evolución y secuelas del accidente sufrido por la Sra. A también se desprenden de la Historia Clínica digitalizada en fecha 29/3/22, remitida por el Hospital Italiano de Buenos Aires.

También se adjuntó constancia de que los comitentes se inscribieron en el registro de Aspirantes a guardas con fines de adopción de la SCBA.

**b)** Con los diversos estudios (análisis de laboratorios y ecografías) así como con el certificado prenatal emitido por el médico obstetra interviniente, se constata el embarazo de la persona gestante, con fecha probable de parto indicada para el 19/4/22 (luego adelantada para el 7/4/2022, conf. informe digitalizado del 10/3/22). Asimismo, obra historia clínica

de la paciente E, referida al embarazo en curso, remitida por el Hospital Privado del Sur (18/3/2022).

c) Por otra parte, se adjuntó acuerdo entre las partes referido a la técnica de gestación por sustitución, suscripto en fecha 6/4/21, cuyas firmas fueron certificadas por escribano. Del mismo se desprende que todos/as los involucrados/as han contado con el debido asesoramiento legal integral y con la intervención de un equipo interdisciplinario, dejándose constancias que los tres cumplen con los recaudos de admisibilidad para llevar adelante el procedimiento.

En dicho instrumento, las partes acordaron *"llevar adelante la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada gestación por sustitución en la que se transferirá a la gestante, E, el/los embriones euploides conformados con el banco de óvulos y gamentos de la pareja comitente...para que se lleve adelante el proyecto parental de los comitentes/requirentes G y R, con el fin de que el niño/a nacido del procedimiento de gestación por sustitución tenga vínculo jurídico de filiación con los comitentes, pretensos progenitores"*.

Asimismo establecieron las obligaciones de los Sres. A y L, en su carácter de "comitentes", quienes se comprometieron a proveer a la Sra. F de cobertura médica y afrontar todas las erogaciones médicas (estudios, medicamentos, etc.), proveerle un seguro de vida, solventar los gastos de vestimenta, asesoramiento psicológico y legal que fuera necesario, entre otros. La Sra. F, en carácter de gestante, dejó establecido que no posee voluntad procreacional alguna, que fue debidamente asesorada y que comprende los alcances y riesgos de la práctica. Se hizo referencia a la protección de sus derechos como paciente, siendo su deber mantener informado a los comitentes y asistir a las consultas y seguimientos que se indiquen. Finalmente todos los participantes se comprometieron a iniciar la acción correspondiente.

d) De la documentación digitalizada también se desprende el Protocolo utilizado por el Centro de Fertilización involucrado, del que surgen los casos en los que se encuentra indicada la técnica de gestación por sustitución, entre ello el supuesto de imposibilidad de la mujer por contraindicación médica.

También se detallan los recaudos solicitados en la persona gestante, como ser: tener conocimiento de los comitentes, haber tenido al menos un hijo con anterioridad, contar con el aval de su grupo familiar, contar con aptitud física, no haber donado los óvulos, no haberse sometido a esta práctica más de dos veces, haber sido debidamente asesorada, tanto desde lo legal como desde lo médico, etc.

Finalmente se consigna, en relación a los comitentes, que alguno de ellos debe proporcionar los gametos y se hace alusión a las etapas del tratamiento, detalle del seguimiento, etc.

e) En función de los recaudos exigidos por el centro médico, obra también copia digitalizada de la "Evaluación y asesoramiento a los requirentes", efectuada por el Equipo de Psicólogos de la institución. De la misma se desprende que los profesionales tomaron contacto tanto con los comitentes como con la gestante y sus hijos, ambos menores de edad. En dicho informe se realizan una serie de sugerencias para atravesar el proceso, como el acompañamiento psicológico y encuentro vinculares entre las partes, debiendo destacarse que *"respecto de los niños involucrados en el proceso, no observamos cuestiones atinentes a los mismos que redunden en una contraindicación para la puesta en marcha del proceso de gestación por sustitución de la Sra. E"*.

f) Posteriormente fueron agregados informes de seguimiento. En tal sentido, la psicóloga tratante de la Sra. F sostuvo que la gestante ha transitado el proceso con bienestar y naturalidad y que no fueron advertidas dificultades que puedan afectar la continuidad ni la relación entre todos los miembros. La profesional de la Sra. A, por su parte, informó los temores que fueron trabajando y sostuvo que la paciente cuenta con recursos y red de contención, así como referentes maternos en su familia (ambos digitalizados 22/3/22).

g) En la audiencia mantenida por la suscripta con todo el grupo involucrado y la Sra. Asesora de Incapaces las partes relataron nuevamente los motivos que los llevaron a tomar la decisión, refiriendo E que fue ella quien efectuó la propuesta. Indicaron que ya tenían conocimiento de este tipo de procedimiento porque la hermana de H acudió a esta técnica, lo que facilitó que pueda hablarse en la familia. E manifestó que ha hablado con sus hijos, que están al tanto de la situación y la acompañan con naturalidad. Relató que su hija M está en conocimiento desde antes de iniciar el procedimiento y lo tomó muy bien. Narró que su otro hijo, C, habla de su primita, habiendo también puesto en conocimiento del Jardín la situación. También indicaron que han conversado entre todos y se han comprometido a ir

contando a la niña, en la medida que su edad lo permita, sobre su origen gestacional. Asimismo refirieron que han ido coordinando como se organizarán con el nacimiento, estableciendo que estarán en habitaciones separadas, habiendo consensuado también que L sera alimentada con suplementos. Los involucrados ratificaron que se encuentran en tratamiento terapéutico.

**Segundo:** Liminarmente cabe señalar que las medidas autosatisfactivas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución en aquellos casos en que los/as justiciables necesitan de una tutela actual ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, siendo ineficaz otra vía procesal.

Así las cosas, entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la vía entablada sea la adecuada para petitionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que se determine la filiación de una niña por nacer, gestada a través de la técnica de gestación por sustitución. Y, dado que el actual texto del CCyC no legisla dicha práctica, requieren los/as peticionante de una respuesta jurisdiccional para su realidad familiar y la de la niña involucrada, encontrando acreditados los recaudos formales para su procedencia (arts. 1, 2, 3 y cc CCyC).

**Tercero:** Sentado ello, surge de las constancias antes reseñadas que, atento a las dificultades clínicas que presenta la Sra. A, y ante la propuesta efectuada por la prima de su pareja, los tres involucrados consensuaron llevar adelante la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada "gestación por sustitución" por la cual se transfirió a la gestante, E, un embrión conformado con un óvulo proporcionado por el Banco de Ovulos y gametos suministrados por el Sr. L, para que se lleve adelante el proyecto parental de los "comitentes/requirentes" G y R, con el fin de que la niña así nacida tenga vínculo jurídico de filiación con los nombrados, pretensos progenitores.

Es decir que, tanto de la documental acompañada, como de lo expuesto por las partes en su escrito de inicio, así como de lo reiterado al mantener audiencia con la suscripta, se desprende que E no ha aportado material genético alguno ni tiene voluntad procreacional, siendo la gestación por sustitución la técnica elegida en virtud de las particularidades y necesidades del caso, para que G y R puedan llevar adelante su proyecto personal y familiar de ser padres.

**Cuarto:** En este contexto, el derecho de familia(s) es esencialmente dinámico y en muchas ocasiones desde la jurisprudencia debe darse respuesta a situaciones que no han sido previstas por el legislador o que, por sus particularidades, escapan a las reglas generales. Tampoco deben pasarse por alto las notables transformaciones que a lo largo del tiempo ha sufrido la familia como institución sociocultural, situación que nos sumerge en un proceso de creciente pluralización y diversificación de fórmulas alternativas al modelo tradicional de "familia nuclear matrimonial heterosexual", caracterizado por la libertad de elección de los proyectos familiares en función del sistema de valores y las preferencias biográficas de cada individuo, las transformaciones en los roles desempeñados en su seno, la disociación entre sexualidad, procreación y matrimonio, la flexibilidad en los modos de convivencia, y la sustitución de la biología y la naturaleza como únicos componentes legitimadores de las relaciones de tipo familiar. A ello se agrega el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que posibilita en gran medida concretar esas transformaciones y nuevos modelos de familias.

Tales circunstancias fueron contempladas al proyectarse el Código Civil y Comercial, indicándose en los Fundamentos brindados por la Comisión redactora que el título de "filiación" contenía grandes modificaciones, atento a diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derecho humanos que impactan en la materia, tales como: el interés superior del niño, el principio de igualdad de todos los hijos, el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción, la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

En función de esas premisas, el Anteproyecto contemplaba expresamente la gestación por sustitución, explicando los codificadores en sus fundamentos que el derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación e indicando que el Anteproyecto seguía la tercera postura atento: a) la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional, dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros y las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines y de hecho, muchos

niños ya nacieron; b) el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación c) se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas, ya que ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.

Así, el proyectado art.562 establecía: *El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda 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. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita 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 gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".*

Lamentablemente la norma fue suprimida y, a pesar del tiempo transcurrido, los numerosos casos que debieron resolverse en el ámbito judicial y los proyectos de ley presentado, el cuerpo normativo actual no cuenta con regulación alguna al respecto. Sin embargo, me permití citar los antecedentes, dado que resultarán de utilidad para el análisis que se hará en el presente.

**Quinto:** Por el contrario, el Código actual presenta dos normas, cuya inconstitucionalidad los peticionantes aquí postulan, a saber:

a) Art. 562: *"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".*

b) Art. 565: *"En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido..."*

De la primera de ellas se desprende *"que el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último. En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser parent (para utilizar la noción neutra), quien quiere llevar a delante un proyecto parental, porque así lo ha consentido"* (Kemelmajer, Herrera, Lloveras. Directoras. Tratado de Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni, Tomo II, P. 503). Y analizando diversos supuestos y alcances de la norma, las autoras señalan: *"No obstante su eliminación, la gestación por sustitución no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy"* citando a continuación diferentes fallos que demuestran que la fuerza de la realidad constituía una de las principales razones para su regulación (p. 525 y ss. obra citada).

En cuanto a la restante norma involucrada, art. 565 del CCyC, cabe destacar que el ordenamiento mantiene el principio rector en la materia, siguiendo el precepto romano *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta) por el cual el vínculo materno queda establecido con la prueba de nacimiento e identidad del recién nacido. Ahora bien, como señala la Sra. Asesora en su dictamen y también puede leerse en la obra que vengo citando (p. 582 y ss.), el precepto deja en claro que tal principio rige para los supuestos de filiación por naturaleza. En los casos de las TRHA *"la causa fuente de la determinación de la filiación no es el mero nacimiento e identidad del recién nacido, sino, por el contrario, el reiterado consentimiento informado, previo, libre, y formal al sometimiento a la practica medica. Por otra parte, si bien el Código no lo dice de manera expresa, debería tenerse en cuenta que otra excepción a este principio... lo es el caso especial de la gestación por sustitución que estaba prevista en el Anteproyecto..."*.

En definitiva, el art. 565 opera en casos de filiación por naturaleza; en el resto de los tipos filiales, adopción o uso de TRHA, deberán aplicarse las reglas propias de cada una de ellas.

**Sexto:** Llegada a este punto, habiendo ponderado las normas vigentes y las proyectadas pero que fueron suprimidas, corresponde abordar el planteo del caso en concreto, para lo cual resulta indispensable acudir al diálogo de fuentes (arts. 1 y 2 del CCyC).

Como punto de partida, corresponde recordar que el art. 19 de la CN establece que "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

En este sentido, señala el constitucionalista Andrés Gil Domínguez: "*La omisión regulativa de la gestación por sustitución y el desfasaje igualitario del Código Civil y Comercial no impiden que en la República Argentina se pueda concretar dicha práctica. Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional-convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19 de la Constitución argentina). En segundo lugar, porque la filiación basada en la voluntad procreacional por acceso a las técnicas de reproducción humana asistida que sólo pueda concretarse a través de la gestación por sustitución implica el ejercicio del derecho a procrear, a conformar una familia que debe ser protegida integralmente, a desarrollar un plan de vida libre de interferencias y a disfrutar del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico como vectores conducente hacia la efectiva tutela de la dignidad humana. Por último, el derecho humano y fundamental de acceso integral y sin ninguna clase de discriminación a las técnicas de reproducción humana asistida garantiza que, en aquellos casos donde se verifica una incapacidad de desarrollo de un embarazo, se pueda acceder a la gestación por sustitución*". (La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico; Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 30 - 11.07.2017)

Así, la norma constitucional habla de actos que no perjudiquen a terceros, ni ofendan al orden y a la moral pública. Al respecto, retomo el dictamen de la Sra. Asesora cuando hace referencia al art. 2634 del CCyC que regula el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero, indicando que "*De ello se colige que la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues de haber sido así no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 (arts. 558, 560 y sigts., CCCN). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad...*". Tampoco advirtió que se conculque el orden público el Sr. Agente Fiscal en su dictamen.

A iguales conclusiones que las hasta aquí expuestas se ha arribado en decenas de fallos que ya se han dictado en estos últimos años y que los peticionantes han recopilado en su escrito de inicio y fue también el resultado al que se llegó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas justamente en la ciudad de Bahía Blanca en el año 2015, las que por su contexto histórico tienen especial relevancia, habiéndose acordado por unanimidad que "*Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida*" (Conclusiones de la Comisión nro. 6; <https://jndcbahiablanca2015.com>).

**Séptimo:** Sentado ello, y previo adentrarme en los planteos de inconstitucionalidad efectuados, atento a que dicha solución debe ser la *ultima ratio*, corresponde analizar si en el presente se configuran los recaudos exigidos para que la técnica transitada pueda concluir con los efectos jurídicos peticionados.

En este sentido, y como adelanté, considero útil acudir a los lineamientos brindados en el anteproyecto de CCyC -y que luego fueron en mayor o menor medida reiterados en otros proyectos de ley- pues resultan abarcativos de los requisitos mínimos que deben exigirse, en pos de garantizar los derechos de todas las personas involucradas, incluidas la niña por nacer.

Al respecto, con la prueba arrojada y antes reseñada, encuentro acreditado que la técnica de gestación por sustitución

era la adecuada para la pareja comitente, atento a la imposibilidad de la Sra. A de llevar adelante un embarazo. También se acreditó que la gestante tenía plena capacidad para comprender la trascendencia del acto, así como buena salud física y psíquica para llevar adelante la práctica. Asimismo recibió asesoramiento médico, legal y psicológico. Se justificó que la gestante no aportó material genético y si lo hizo uno de los comitentes. Por otra parte, no obra constancia alguna de que la gestante se hubiera sometido a esta técnica con anterioridad. También resultó acreditado que la Sra. F tiene dos hijos biológicos, que su grupo familiar fue parte en el proceso y también recibió abordaje psicoterapéutico.

En definitiva, todo lo expuesto me permite concluir que se han garantizado los derechos de los comitentes y de la gestante, habiendo sido todos debidamente informados y brindado sus consentimientos con los recaudos de ley. En relación a los gastos y erogaciones que se comprometieron a solventar los comitentes, así como el monto consignado al efecto, siendo que esta compensación está destinada -como han indicado- a cubrir gastos de salud, cuidados, asesoramiento legal y psicológico, entre otros, y las partes han resaltado el acto altruista que realiza la gestante, entiendo que no corresponde a la suscripta efectuar consideración alguna, desde que los documentos que se han arrimado sirven fundamentalmente como elementos probatorios a los efectos de constatar el consentimiento informado de todas las partes. Por otro lado, se ha corroborado que existe una relación de parentesco y afecto genuino, no encontrando motivos que permitan inferir aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. Finalmente, y siendo que todo pronunciamiento debe estar necesariamente atravesado por la perspectiva de género, se ha dicho: *"Silenciar o prohibir acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la inevitabilidad del destino biológico de la mujer. ...Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente se deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y postulados del feminismo es que 'la biología no debe ser el destino. La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de hombres y mujeres se realicen por motivos distintos de los biológicos"* (Kemermaier y ots. obra cit., p 532 y ss).

**Octavo:** En cuanto a la niña por nacer, todos los involucrados se han mostrado respetuosos de sus derechos, promoviendo el presente a fin de garantizar con la mayor celeridad posible su derecho a la identidad y a pertenecer a una familia. La persona gestante ha manifestado con claridad que no posee voluntad procreacional alguna y ambos grupos familiares han hablado del tópico, siguiendo indicaciones de los profesionales tratantes, a fin de organizar su bienestar tanto el momento del parto como el tiempo posterior a él. Asimismo se han comprometido a dar a conocer a la niña su realidad gestacional, en la medida en que adquiera grado de madurez para ello.

Por otra parte, entiendo que también se ha resguardado la integridad psicofísica de los hijos de la gestante, quienes fueron abordados por el equipo interdisciplinario del centro de fertilidad involucrado -en la medida de la edad y grado de madurez de cada uno de ellos- habiéndose sugerido el acompañamiento psicoterapéutico para la hija adolescente de la Sra. F. De todos modos, se ha expuesto a la largo de trámite que no se han hallado indicadores que afecten a los niños por la decisión que ha tomado su madre, habiendo compartido en la audiencia celebrada en autos que tanto la joven como el niño han tomado la situación con naturalidad, teniendo incluso C., con su corta edad, noción de los roles que cada uno ocupa, hablando de su "primita" y sabiendo que la bebé no vivirá en su hogar.

**Noveno:** Habiendo despejado estas cuestiones, entiendo que están acreditados los recaudos para acceder al pedido efectuado en forma conjunta por los comitentes y la gestante para que los primeros puedan concretar, desde lo jurídico, su proyecto parental.

Arribo a esta conclusión haciéndome eco de la interpretación integral del sistema de fuentes que han propiciado tanto los peticionantes como el Ministerio Público, ponderando que se encuentra en juego una serie de derechos de jerarquía convencional y constitucional que deben ser atendidos.

En efecto, partiendo del principio de legalidad establecido por el art. 19 de la CN, la técnica de gestación por sustitución no se encuentra prohibida.

Por el contrario, a través del diálogo de fuentes que exigen los arts. 1 y 2 del CCyC, dicha técnica -y la filiación derivada en consecuencia- se impone en el presente caso a fin de garantizar el derecho integral a formar una familia de los comitentes, quienes de no recurrir a este procedimiento se verían discriminados, cuando otras personas pueden hacer uso de otras TRHA para sortear estas dificultades. Máxime cuando el Estado Argentino, en función de los

compromisos internacionales asumidos, debe garantizar este derecho, recordando que no se habla de un concepto cerrado de familia ni se protege un sólo modelo de la misma (art. 14 bis CN; de la Constitución Nacional, casos "Atala Riffo c/Chile" (28/2/2012) y "Fornerón e hija c/ Argentina" (27/4/2012), CIDH)

Por otra parte, debe respetarse en el presente el derecho a la vida privada y familiar, así como a la autonomía personal y reproductiva y el derecho a la maternidad y paternidad, para lo cual debe garantizarse el derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y el goce de los beneficios del progreso científico, cuestiones extensamente abordadas y avaladas por la jurisprudencia de la CIDH en el caso "Artavia Murillo" donde se señaló que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, consolidándose el respeto de la autonomía personal y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales.

Asimismo, debe ponerse como eje la voluntad procreacional. En este sentido, Gil Domínguez considera que *"en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio"*. Asimismo, afirma que *"desde una perspectiva psico-constitucional convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas.... El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo"*. (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13). El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación....El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan "disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional" (Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p.41). En el caso, G y H han manifestado de forma inequívoca su voluntad procreacional, mientras que E ha sostenido con claridad que no la posee, surgiendo en forma palmaria que el proyecto parental pertenece a la familia A-L.

Asimismo, y de vital relevancia, resulta el derecho a la identidad de la niña involucrada y que se encuentra a punto de nacer, así como la protección de sus superior interés y el resto de los derechos que como sujeto le corresponde, entre ellos, a vivir con una familia, ser inscripta con un nombre y ser emplazada en el estado de hija desde su nacimiento, lo que llevará a que surjan otra serie de derechos y obligaciones, como el pedido de cobertura de salud que se realiza en el presente (arts. 3, 7, 8, 9 y cc. CIDN)

En razón de todo lo expuesto, cabe coincidir con los peticionantes y con los miembros del Ministerio Público en que aplicar el texto del art. 562 del CCyC al presente, en tanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz, constituiría una barrera insalvable para el ejercicio de derechos humanos fundamentales y no atendería al interés superior de la niña involucrada.

En efecto, su aplicación resulta ilógica e irrazonable, ya que la gestante ha manifestado expresamente que no tiene deseos de tener un hijo propio respecto del procedimiento al que se somete y que lo suyo es un acto de amor; no aportó su material genético en la realización del procedimiento, no existiendo vinculación genética, biológica ni volitiva alguna con la persona por nacer. Por el contrario, son los comitentes quien en ejercicio de los derechos que anteriormente se han ponderado, han mantenido el presente proyecto parental.

En razón de todo ello, entiendo que se dan circunstancias de gravedad suficientes para declarar la inconstitucionalidad e inconventionalidad del art. 562 del CCyC en el presente caso (arts. 3, 7, 8, 9 y cc. CIDN; arts. 5, 7, 11, 24 y cc. CADH; art. 17 de la CADD; arts. 19, 75 y cc. CN; arts. 1, 2, 3, 706, 707 y cc. CCyC; jurisprudencia emanada de la CIDH en casos "Artavia", "Forneron" y "Atala").

En cuanto a igual planteo formulado en torno al art. 565 del mismo ordenamiento, atento a lo expuesto por la Sra. Asesora en su dictamen y doctrina citada al analizar la norma por la suscripta (ap. 5to) entiendo que no es procedente, desde que resulta claro que dicho artículo se aplica a la filiación por naturaleza, quedando excluido, por consiguiente, el presente supuesto.

Ello así, resultando suficiente la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del CCyC, corresponde en consecuencia disponer que al momento del nacimiento se ordene la inmediata inscripción de la niña L como hija de G y R en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires – Delegación Bahía Blanca, quienes han expresado su voluntad procreacional debidamente en los consentimientos informados del 30 /7/2021 que obran digitalizados en autos. .

**Décimo:** En cuanto al pedido de incorporación de la niña a la obra social OSDE SA, coincido con la Sra. Asesora en que atento a la decisión a la que se arriba, en principio, resultaría innecesario expedirse. Sin embargo, atento a lo novedoso del presente, a fin de evitar cualquier complicación en el trámite que pudiera surgir y considerando el principio de tutela judicial efectiva, entiendo que corresponde avalar desde esta resolución el planteo, a fin de que la niña pueda contar a la mayor brevedad posible con cobertura de salud (art. 3 CIDN; art. 706 CCyC).

**Décimo primero:** En relación a la licencia de la Sra. F, también resultan atendibles los argumentos de la representante promiscua en torno a que ya la estaría gozando. Sin perjuicio de ello, reiterando lo novedoso de la cuestión y a fin de garantizar el derecho integral a la salud en lo que reste del embarazo, así como el tiempo posterior, corresponde librar oficio a la empleadora a efectos de que conceda licencia laboral como gestante por el periodo que corresponda por ley y/o indiquen los profesionales tratantes.

**Décimo segundo:** En relación a las costas, efectuando una interpretación armónica de lo que han acordado las partes, entiendo que deben ser cubiertas por los comitentes, quienes asumieron entre las erogaciones a solventar, los gastos de asesoramiento jurídico. Y si bien ello no equivale a hacerse cargo de los gastos causídicos del presente, en mi opinión es la solución que resguarda acabadamente los intereses de todos los involucrados (art. 68 ap. 2do. del CPCC). Por ello, y habiendo sido oídos la Sra. Asesora de Incapaces y el Sr. Agente Fiscal, cuyos dictámenes se comparten **resuelvo:**

**1ero.-** Decretar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del CCyC en relación al alumbramiento de la niña L (arts. 3, 7, 8, 9 y cc. CIDN; arts. 5, 7, 11, 24 y cc. CADH; art. 17 de la CADD; arts. 19, 75 y cc. CN; arts. 1, 2, 3, 706, 707 y cc. CCyC; jurisprudencia emanada de la CIDH en casos "Artavia", "Forneron" y "Atala").

**2do.-** Al momento del nacimiento, ordenar la inmediata inscripción de la niña L como hija de G y R en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires-Delegación Bahía Blanca, quienes han expresado su unívoca voluntad procreacional debidamente en los consentimientos informados agregados en estos autos. Líbrese oficio con copia del presente y de las piezas que se estime pertinente. Conste que todas las partes involucradas se comprometieron, a partir del momento en que L adquiera edad y madurez suficiente para entender, a informarle respecto de su origen gestacional

**3ero.-** Líbrese oficio al Hospital Privado del Sur de esta ciudad, lugar donde se llevara a cabo el nacimiento, a fin de comunicar la presente, haciéndoles saber que los únicos autorizados al retiro de la niña L, luego de su nacimiento y posterior alta médica son sus progenitores, G y R. Asimismo deberá dejarse constancia del principio de confidencialidad que rodea al presente, donde además se encuentra en juego los derechos de una menor de edad

**4to.-** Ordenar a la obra social OSDE SA la inmediata incorporación de la niña L (art. 3 CIDN; art. 706 CCyC).

Oportunamente oficiase con copia del presente a fin de agilizar el trámite.

**5to.-** Sin perjuicio de la licencia que pueda estar gozando en la actualidad, a fin de garantizar el derecho integral a la salud de la Sra. E, oficiase a la empleadora con copia del presente a efectos de que conceda licencia laboral como gestante por el periodo que corresponda por ley y/o indiquen los profesionales tratantes. **6to.-** Las costas se imponen a los comitentes, Sres. A y L.

**7mo.-** Teniendo en cuenta la importancia del asunto, mérito de la labor desempeñada y etapas cumplidas, fijase la retribución de la Dra. Mariana Inés Rodríguez Iturburu (letrada de los comitentes) y la del Dr. Sebastián Ariel Caruso (abogado de la gestante) en la suma de veinte (20) jus a cada uno, más el adicional de ley (arts. 9 ap. I, inc. d y w, 14 a

16 y cc. Ley 14967).

A continuación se transcribe el art. 54 de la ley 14.967, a sus efectos: "Las providencias que regulen honorarios deberán ser notificadas personalmente, por cédula a sus beneficiarios, al mandante o patrocinado y al condenado en costas, si lo hubiere. Asimismo, será válida la notificación de la regulación de honorarios efectuada por cualquier otro medio fehaciente, a costa del interesado. Los honorarios a cargo del mandante o patrocinado quedarán firmes a su respecto si la notificación se hubiere practicado en su domicilio real y a la contraparte en su domicilio constituido. Habiendo cesado el patrocinio o apoderamiento y constituido el ex cliente nuevo domicilio, la notificación de honorarios a éste podrá ser efectuada en este último domicilio. En todos los casos, bajo pena de nulidad, en el instrumento de notificación que se utilice para ello, deberá transcribirse este artículo. Los honorarios regulados por trabajos judiciales deberán abonarse dentro de los diez (10) días de haber quedado firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales se abonarán dentro de los diez (10) días de intimado su pago, cuando sean exigibles. Operada la mora, el profesional podrá optar por: a) reclamar los honorarios expresados en la unidad arancelaria Jus prevista en esta ley, con más un interés del 12% anual. b)reclamar los honorarios regulados convertidos al momento de la mora en moneda de curso legal, con más el interés previsto en el artículo 552 del Código Civil y Comercial de la Nación".