



E [REDACTED] y pensó que era hermoso nombre para un hijo e incorpora su deseo de ser padre algún día. Hoy tiene 39 años se inscribió en el Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos donde la psicóloga y la Trabajadora Social manifestaron apto su proyecto de familia como padre soltero. Afirma que pasaron tres años desde ese septiembre y nunca volvió a ser llamado del RUAGA y ahí decide escribir en su Facebook una publicación de su perfil diciendo que quería ser padre por subrogación de vientre. Sostiene que se contactó con alguien de Buenos Aires que lo había logrado y finalmente se contacta con una chica de Paraná el 31/12/2019 con dos hijos, pero luego le dice que no puede ayudarlo porque su marido quería irse a vivir a Panamá. Finalmente se contacta con C [REDACTED] y luego de hablar se contacta con N [REDACTED] para ser asesorada, dejándose en claro que frente a cualquier duda podían acudir al profesional que desearan. Expresa haber estudiado "Higiene y Seguridad" para asegurarse que se realice de la mejor manera posible y que son muchas las personas que le acompañan y forman parte de este proyecto, menciona a amigos, médica, psicólogas, abogada. Sobre los estudios preliminares se informa que C [REDACTED] y J [REDACTED] asistieron a varias consultas con la Dra. Carla López del Instituto PROAR de esta ciudad para determinar la aptitud física y psicológica quien les dio el visto bueno para efectuar el tratamiento y que se encuentran aptos para ello. Acompañan como prueba documental los certificados pertinentes. A su vez las partes previo a esta autorización plasmaron sus voluntades en un acuerdo formal, el cual agregan, para patentizar su elección libre y voluntaria así como la cabal comprensión de las implicancias familiares, médicas y legales. Desarrollan los fundamentos para la autorización de la gestación por sustitución. Citan la ley 2262 conforme la garantía de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida y el fallo Artavia Murillo y otros del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos



## **Poder Judicial**

Humanos, doctrina fundante, la voluntad procreacional del art. 558 Código Civil y Comercial y la disposición n° 93/DGRC/17 del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Buenos Aires. Peticionan la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 Código Civil y Comercial en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante consentimiento informado sino de la mujer que da a luz, según arts. 2.3 y 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cita jurisprudencia favorable a la petición. Afirman que se respetarán los derechos de todas las personas involucradas, así como el resguardo al derecho de identidad de hijo, el cumplimiento de la ley 26413 respecto de la inscripción dentro de los 40 días del nacimiento, la concurrencia al centro de fertilidad con copia de la sentencia a fin de firmar el consentimiento informado y la presentación a las 16 semanas de embarazo de DAIANA de la constancia respectiva y finalmente tras el nacimiento con vida acompañaran el certificado médico para que se ordene en forma inmediata la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas. Ofrecen prueba documental. (fs-1/36)

Citados los presentantes a audiencia, I ■■■■ manifiesta su expresa voluntad de ser fecundada extracorporalmente en PROAR donde la donación de óvulos es anónimo y los espermatozoides corresponden a G ■■■■. Afirman que los embriones se encuentra crioconservados y se transferirán obtenida la sentencia. Se corre vista al Defensora General atento la existencia de un niño hijo de la persona que se postula como gestante (fs. 38)

La Defensora General solicita que la entrevista se desarrolle con la presencia de la psicopedagoga (fs. 43) lo cual es aceptado (fs. 46). E ■■■■ ■■■■ que cuenta con 13 años y cursa 1er año del

secundario expresa que conoce estas actuaciones y refiere que le parece bien la decisión y una vez se juntaron a merendar con su madre y J [REDACTED] donde le explicaron todo. Se deja constancia que la adolescente tiene adecuada comprensión y conoce las implicancias de este trámite (fs. 52), certificadas que fueren las constancias médicas acompañadas (fs. 57/73), documental sobre nacimiento de los hijos de la gestante (fs. 74/75), constancia de inscripción ante AFIP de la profesional interviniente (fs. 77), se encuentran los presentes en estado de resolver

Y CONSIDERANDO: Que una mujer en calidad de gestante y un hombre como padre volitivo solicitan autorización judicial para la realización de la transferencia de embriones a través de la gestación por sustitución en virtud de un proyecto monoparental con fecundación extracorporal con esperma del primero y célula germinal femenina anónima. Acompañan un consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado en forma de acta de compromiso firmado por los peticionantes. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 Código Civil y Comercial. La Defensora General previa escucha a una hija adolescente de la primera dictamina que la misma conoce las implicancias de estas actuaciones sin que exista afectación del Interés Superior.

Conforme a lo expuesto, la pretensa autorización refiere a un caso de subrogación gestacional a través de la inseminación artificial heteróloga en la cual el ovocito es donado por una donante anónima, fertilizado extracorpóreamente por el esperma del padre "intencional" para finalmente implantar los embriones en el útero de la mujer gestante, disposición originariamente contemplada en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial que el Congreso de la Nación eliminó en la redacción final.

De las constancias de autos se tiene:



### **Poder Judicial**

1- la audiencia celebrada con el progenitor intencional y la gestante, donde ratifican la voluntad de llevar adelante el tratamiento y la inmediata inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas producido el nacimiento (fs. 38)

2.- la escucha de la hija adolescente por la Defensora General que la representa complementariamente donde se da cuenta del conocimiento y las implicancias de estas actuaciones, sin que la Funcionaria Judicial observe que se encuentre afectado el Interés Superior del Niño (fs- 52)

3.-El diagnóstico médico realizado al comitente o progenitor volitivo de 39 años, soltero, donde se especifica su incapacidad para gestar por una cuestión de género, con previa inscripción en el Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos por más de tres años sin contacto desde el citado organismo hasta esta presentación (fs. 57)

4.- el diagnóstico médico de la mujer gestante, soltera de 37 años (58/59)

5.- El acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre el progenitor volitivo y la gestante, ambos con consentimiento previo libre e informado, donde consta que aquel tienen el deseo de ser padre y la única manera de obtenerlo es a través de la gestación por sustitución como forma de lograr el pleno desarrollo de los Derechos de libertad reproductiva y de conformar su propia familia. El embarazo es llevado a cabo por la libre disposición e intención de la gestante con los gametos aportados por el padre intencional y ovocito de donante anónima. El documento menciona las indicaciones médicas, de cuidado personal, tratamiento y control para la gestante, quien acepta y autoriza a los profesionales de la Clínica a realizar el procedimiento todo conforme las leyes 26.529 y 26.742 (fs. 60/66)

6.- El consentimiento informado para

fecundación in vitro con útero subrogado para la gestante subrogada (fs. 69/71)

7.- El consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado para el progenitor intencional (fs. 72/73).

8.- las partidas de nacimiento de los hijos biológicos de la mujer gestante (fs. 4/74)

En el caso no se ha producido el implante, la gestación, ni el nacimiento de un niño/a, por ello la autorización requerida y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, el aportante del material genético, sea considerado progenitor conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que lleva adelante el embarazo. Debido a la ausencia de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio.

La "gestación por sustitución" —en tanto proceso biológico que posibilita que una persona (gestante) disponga (en forma gratuita u onerosa) de su capacidad gestacional o aptitud física necesaria para llevar adelante un embarazo para la prole de otra u otras que han decidido maternar y/o paternar (comitentes), sea que esta/s hubiere/n o no aportado el material genético—, es el más inclusivo al habilitar otras posibilidades cuando quienes desean intervenir en estos procesos no encajan en la lógica biologicista, geneticista, binaria y heteronormativa (Lescano de Francesco, Silvia Karina Una invitación a reflexionar sobre los estereotipos de género en la gestación por sustitución. La invalidez del artículo 562 del Código Civil y Comercial, ¿es la única opción? RDF 2021-III , 76)

Esta forma de gestar ha dado lugar a una importante serie de decisiones judiciales en nuestro país. La mayoría ha hecho una interpretación sistemática del



## Poder Judicial

ordenamiento y, básicamente, respeta el principio de la voluntad procreacional que domina al tercer tipo de filiación incorporado por el Código Civil y Comercial argentino; en consecuencia, madre no es la que gesta y pare, sino la madre de intención o comitente y padre es el progenitor intencional o volitivo. En algunos casos, se ha declarado la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.; otras decisiones han entendido que no es necesaria tal declaración aunque en todas se autorizaron la práctica. (por mencionar solo algunos: Juzg. Familia Mendoza N° 2, 15/02/2018, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas". RDF 2019-III, 291; Tribunal Colegiado de Familia N°. 7 de Rosario, "H., M. E. y otros s/ venias y dispensas", 05/12/2017, cita online: AR/JUR/105404/2017; Tribunal Colegiado De Familia N° 5 de Rosario, 11/10/2019 en autos P, J. M. y otros s/ autorización, 11/09/ 2019)

Se trata de una práctica que se despliega en un escenario de proliferación de nuevas estructuras familiares facilitada por un lado, por la propia evolución de las sociedades hacia una mayor aceptación de familias homoparentales y monoparentales, en tanto que por otro, influyen los avances y la popularización de la tecnología reproductiva manifestada en la posibilidad de acceder a diversas TRHA. (técnicas de reproducción humana asistida)

En palabras de Gil Domínguez, "...el elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo". En este sentido, la voluntad procreacional funciona como una suerte de medida de acción positiva en beneficio del amor filial vinculada a la trascendencia proyectada en la descendencia (GIL DOMÍNGUEZ, A. "El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial", DFyP 2015 (septiembre), 143, AR/DOC/2441/2015.).

Como señala Lamm, "[... el concepto de

filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' ...]. Agrega que, en esta fuente, [...la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo ...]" (LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida", Revista Bioética y Derecho, Nº 24, Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, enero 2012, ps. 76-91. [www.revistes.ub.edu](http://www.revistes.ub.edu).)

El nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable (art 561 y 562 Código Civil y Comercial). -Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013 dictado en autos "N.N. o DGMB s/ Inscripción de nacimiento AR/JUR/23081/2013-

Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear



## **Poder Judicial**

sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento

No obstante, y según vimos el Código Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante).

De las tres posiciones existentes en el derecho comparado frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto, la admisibilidad de este tipo de gestación con reglas propias con una decisión final judicial de autorización. En el entendimiento original, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El texto originario del Art. 562 del Anteproyecto sobre estas técnicas fue suprimido y el dictamen presentado al Congreso de la Nación por la Comisión Bicameral (apart. VI ítem 62), estimó que "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y casi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma. "

Se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significaría una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda

afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1º y 2º señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2º inc. e). También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (art. 3º, inc. e)), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3º, inc. g)), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5º, inc. 3º, y 6º, incs. a), d) y e)) (GALETI, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, enero/febrero de 2015, p. 175)

El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso, no obstante incorpora un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional,

Para definir el vínculo filial en función del elemento volitivo existe un reconocimiento implícito de esta práctica de alta complejidad, definida en el dec. 956/2013 que reglamenta la Ley 26.862: "... Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos



### **Poder Judicial**

reproductivos..." (art. 2°).

En lo referido al consentimiento informado, se realizó un tratamiento especial respecto de su alcance y configuración por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (art 5 Ley de derechos del paciente 26.529 s/texto ley 26742), consentimiento que podría haber sido revocado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer" (art. 7º se enrola la ley 26.862)

En el supuesto bajo análisis existe la petición unilateral por parte de un hombre, con lo cual su sola voluntad procreacional resulta suficiente. No puede asimilarse a una filiación de tinte hedonista ya que aquél solo no puede gestar un hijo, a diferencia de una mujer que no quisiera sostener un embarazo, pero deseara tener un hijo conforme la gestación por sustitución.

La defensa del derecho individual a procrear y el reconocimiento de la autonomía de la ciencia han conmovido los principios tradicionales de las relaciones de familia en medio de una realidad social permeable a los cambios

En el caso es indispensable la ponderación de derechos, conforme a un criterio de razonabilidad, que permita hacer realidad los derechos comprometidos (art. 3º, Código Civil y Comercial), y en estas situaciones debe primar el derecho a la vida privada que viene unido al derecho a la libertad reproductiva en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, rechazar el planteo importaría vulnerar derechos humanos fundamentales como la intimidad y la autodeterminación de esta persona sola que intentó llevar adelante un proyecto

adoptivo sin resultado positivo hasta el presente.

Tampoco se trata de un "supuesto derecho al hijo" que encierra, de por sí, una disyuntiva compleja y perversa, a la vez, al colocar a los hijos como "objetos" y no como verdaderos "sujetos" de derecho, según prescribe la Convención sobre los Derechos del Niño (HERRERA, Marisa, "Responsabilidad, proporcionalidad y límites en el derecho de acceso a formar una familia en las técnicas de reproducción humana asistida", en Temas de Derecho Civil, persona y patrimonio, FLAH, Lily R., TANZI, Silvia Y. (dirs.), Erreius, Buenos Aires, junio de 2017, p. 444.).

En este contexto, y a fin de despejar confusiones terminológicas que puedan acarrear conclusiones injustas, resulta esclarecedor hablar del derecho a la procreación como una manifestación del derecho a formar una familia, y no del "derecho a tener un hijo" que literalmente no existe porque, conduce a considerar a la descendencia como una propiedad, vinculado a un derecho real de dominio.

La decisión de ser madre o padre, así como la decisión de no serlo, constituyen derechos humanos fundamentales que reflejan el ejercicio del derecho a la autodeterminación (arts. 14 bis, 16, 19 y 33 de la Constitución Nacional) y a la libertad reproductiva, los que encuentran apoyo en diversas normativas internacionales tales como: el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16, inc. 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

Conforme a estos sustentos legales el derecho a la procreación —cualquiera sea su modalidad, ya sea en forma espontánea o por técnicas de reproducción humana asistida— está íntimamente vinculado con el derecho a formar



## Poder Judicial

una familia. Consiste en una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional y por diversos tratados internacionales, lo que significa que toda persona tiene derecho a elegir concebir o no concebir y, en su caso, como hacerlo. Se trata de un derecho fundamental a la libertad e incluso a la intimidad, ya que la decisión de tener o no descendencia forma parte del plano íntimo de una persona.

A su vez, la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer aprobada por ley 23179 y que goza de jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 Constitución Nacional- obliga a los Estados partes a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres respecto del derecho a la reproducción (Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. art. 16, inc. 1º, apartado e)

Finalmente la ley 26.743, sobre identidad de género, prescribe que toda persona puede acceder al derecho a formar una familia y a la reproducción en el "rol" autodefinido y autopercebido, en especial, cuando este acceso se produce gracias al avance de las tecnologías reproductivas".

A su vez sobre la gestante debe primar el respeto hacia esa persona en la elección libre y altruista de ese rol como principio rector, el progenitor volitivo se compromete a afrontar los gastos que genera el embarazo, ello debe entenderse como una forma de evitar el empobrecimiento patrimonial de la mujer y ello lógicamente no lo tiñe de oneroso, sin que tampoco puede invalidarse jurídicamente ya que afectaría la diversidad y el pluralismo que el Estado constitucional y convencional de derecho intenta garantizar ya que hace a su libertad, a la autonomía de la voluntad y al derecho a la

autodeterminación compatible con los derechos que integran el bloque de constitucionalidad federal

El avance tecnológico, dentro del área de las ciencias biológicas, genera un replanteamiento de los principios morales básicos, principalmente ante el impacto que generan la reproducción humana asistida junto a la ingeniería genética que ha permitido sustituir el método de la reproducción sexual "natural", emergente de una nueva realidad familiar que lleva a la necesidad de abordar la protección del bien jurídico vida y su integridad

Bajo este prisma se puede visualizar con claridad una colisión de intereses comprometidos de un hombre futuro padre que intenta procrear utilizando estas técnicas, pero también involucrados los intereses inalienables y propios de la persona por nacer.

Una visión pluralista de la cuestión es brindar una respuesta posible congruente con la idea que nuestra sociedad tiene acerca de la persona humana, partiendo del principio básico de su dignidad, considerando los principios por hombre, de no discriminación y progresividad de los derechos humanos

La Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida aporta una visión superadora del tema al ampliar derechos que caracterizan los avances prescriptos en este campo, contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad y/o maternidad y a formar familia, núcleo primordial de toda sociedad humana, reconocidos por nuestra constitución nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

El Código Civil y Comercial se ocupa especialmente de la voluntad procreacional y el consentimiento informado, como instrumento que la contiene. En virtud de esto, prescribe que el centro de salud que



## **Poder Judicial**

intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales (art. 560).

El progenitor volitivo y la gestante plasmaron sus voluntades en un acuerdo formal y recibieron del centro médico una clara y completa explicación sobre sus aspectos positivos y negativos, ello recepta lo que en Bioética se denomina el derecho deber de información como elemento que se integra al principio bioético de autonomía, en el sentido que todo paciente antes de expresar su conformidad para someterse a una práctica médica, reflejado en el ordenamiento civil y comercial bajo la frase: "consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida". -Art. 560-

En relación a la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial, si bien oportunamente admitimos esa posibilidad ( Tribunal Colegiado De Familia N ° 5 de Rosario, 11/10/2019 en autos P, J. M. y otros s/ autorización, 11/09/ 2019) un nuevo estudio torna conveniente reelaborar la fundamentación. Del recorrido por la jurisprudencia nacional, pueden advertirse distintas soluciones: aquellos casos en que se ha declarado la inconstitucionalidad de dicho artículo, en algunos también la inconvencionalidad y otros que han considerado innecesaria tal/es declaración/es.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley se rige por un principio hermenéutico de carácter restrictivo, criterio reiteradamente puesto de resalto por nuestro más Alto Tribunal . Constituye un acto de "suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la "última ratio" del orden jurídico, y solo debe ejercerse cuando la

repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez" (conf. CSJN, Fallos: 302:457; 311:394; 312:435, 314:407; 315:923; 322:842; 1681; entre muchos otros).

Los jueces sólo pueden apelar a ese recurso, cuando la incompatibilidad con la Constitución sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa, y la norma no resulte susceptible de interpretación alguna que guarde armonía con la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Argentina ingresa al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en 1984 con la entrada en vigencia de la ley 23.054, en virtud de la cual reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, sometiéndose a las decisiones, sentencias, opiniones consultivas, informes y dictámenes que son de aplicación obligatoria para todas las autoridades provinciales y nacionales.

En ese sentido existe coincidencia en que la doctrina del control de convencionalidad se instala por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" de 2006 donde se explicita que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos



## Poder Judicial

concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, 26/9/2006, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", excepciones preliminares; fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 154, apart. 124, MJJJ99243.)

El control de constitucionalidad y el de convencionalidad por tanto tienen finalidades distintas. El control de constitucionalidad tiene como objetivo mantener la supremacía de la Constitución Nacional, mientras que el control de convencionalidad hace a la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica, velando por la vigencia, eficacia y efectividad de los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a fin de asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El control de constitucionalidad implica necesariamente el control de convencionalidad pero el control de convencionalidad no implica necesariamente el control de constitucionalidad.

La redacción del art. 562 del Código Civil y Comercial no resulta amparar todos los supuestos – en el caso, la maternidad por subrogación–, sino que aparece incompleta y si bien es verdad, que prescribió como regla que los nacidos por TRHA son hijos de "quien dio a luz", no lo es menos que el dispositivo no prohíbe de manera expresa ni consagra la nulidad de ninguna índole de los convenios de maternidad subrogada. Es decir erige a la voluntad procreacional en la clave de esa fuente de filiación.

La voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado[-] (S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a

categorizar, Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, 04/07/2016, La Ley Online cita online: AR/JUR/42506/2016).

En el marco de las TRHA, el elemento central para determinar la filiación es la denominada "voluntad procreacional" que se plasma en un consentimiento, con las formalidades y características que estipulan los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Comercial y que, además, al ser las TRHA prácticas médicas, deben cumplir los términos establecidos por el art. 59 del mentado código y lo requerido por la ley 26.529 (Guzmán Ávalos, Aníbal - Valdés Martínez, María del Carmen., "Voluntad Procreacional", Oñati Sociolegal Series [online], 7, 2017, 75-96. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2922064>).

Es evidente que la falta de regulación de la gestación por sustitución, con el correr del tiempo y expansión de las prácticas médicas coloca a los jueces en la necesidad de valorar cuestiones relativas a las mismas, pero no necesariamente declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que la labor de hermenéutica conduce a prescindir del postulado de esa normativa.

Es que si el legislador entendió que sólo después del debate interdisciplinario, se generaría la situación propicia para dirimir los dilemas éticos y jurídicos que apareja el instituto, interpretamos que es inverosímil considerar que el legislador escogiera una de las posibilidades, la prohibición en lugar de la regulación, antes del debate que precisamente reputa necesario transitar para resolver los dilemas de ambas naturalezas que menciona.

En la sanción del Código Civil y Comercial no se contempló la posibilidad que un hombre solo sea progenitor, excepto la adopción unilateral que puede crear un vínculo jurídico y según las objeciones al eliminarse la figura de la subrogación gestacional conforme dictamen presentado en el Congreso Nacional por la Comisión Bicameral, hasta que se produzca la consulta



## Poder Judicial

interdisciplinaria, mientras, no se puede cerrar el camino a que el varón según su voluntad procreacional y libre determinación logre la progenitura por vía de la maternidad subrogada, ya que de lo contrario ubica a los hombres en una discriminación inversa con respecto a las mujeres, injustificable en el contexto actual y remediables hermenéuticamente en situaciones asimétricas concretas

El acogimiento de la pretensión es una respuesta jurisdiccional encaminada a promover la igualdad de posibilidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a los hombres que necesariamente deben recurrir a la adopción unilateral -y como vimos en el caso hace más de tres años que se encuentra inscripto en el RUAGA sin haber sido citado- cuando deberían gozar de idéntico derecho que las mujeres a la gestación por sustitución a fin de lograr su ansiada progenitura.

Asimismo y en atención a los casos promocionados de estas prácticas en el extranjero por hombres con presencia en los medios de comunicación, obviamente con costos elevadísimos -según datos publicitados por los buscadores en internet- la recepción favorable a la autorización requerida iguala a quienes no pueden costearse esa excursión filiatoria.

Promover la igualdad real de trato y de oportunidades y sobre esa base, extender la acción promotora a esta persona que expresa su firme y sostenida convicción sobre la progenitura y sus consecuencias, debe ser sujeto de tutela, al goce pleno y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos en cumplimiento del mandato de afianzar la justicia emanado desde el Preámbulo de la Constitución Nacional.

Es incontrovertible, como se ha señalado, que donde quiera que haya o pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí hay que

reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos (conf. Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Tomo III: 3ª reimpresión, Buenos Aires 2008, .p. 125/69).

En este acuerdo presentado por los solicitantes subyace un amor profundo del hombre por querer ser padre y de la mujer por prestar su vientre libre y sin estar acompañado de ánimo de lucro, que se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado, estimando que el eje central en que se asienta la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, que se evidencia en la intención del primero, esa voluntad volitiva es querer engendrar un hijo darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una paternidad libre y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana, se coincide que si realmente la finalidad que inspirara el precepto fuera la prohibición, lo hubiera establecido de manera expresa, con contundencia y claridad; desde el momento en que se decidió por ignorar la maternidad subrogada, aunque lo fuera en forma precautoria hasta celebrado el mencionado debate, el legislador no tenía por qué contemplara a la hora definir el texto que le imprimiera a la norma (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación - 28/08/2020, LALEY AR/JUR/35471/2020)

En consecuencia se tomará como eje hermenéutico la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino que prescribe que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe el caso el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional

Por tanto los arts. 558, 560, 561, 562,



### **Poder Judicial**

569, 570 y 575 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y concordantes, interpretados de buena fe, con sujeción a criterios de razonabilidad y justicia, bajo el paraguas del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el contenido valorativo que aportan los tratados de derechos humanos y en forma armónica con todo el ordenamiento jurídico (arts. 1 y 2 del Título Preliminar del citado ordenamiento), avalan la solución que fuera propiciada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ( Sala I, S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación · 28/08/2020, voto del Dr. Rodríguez, LALEY AR/JUR/35471/2020)

Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso va a ser anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde el progenitor volitivo aportará su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo.

No estamos aquí frente a una suerte de esclavitud temporaria por nueve meses del Siglo XXI cuando el cuerpo y la función reproductiva de la mujer son utilizadas como mercancías, es decir cuando efectivamente "se alquila" el vientre ya que ello es contraria a la dignidad humana de la gestante, además de fomentar y reforzar las desigualdades entre quienes pueden financiar el proceso en el extranjero.. En el caso esta gestación se hace sin contraprestación alguna, por tanto no existe degradación de la dignidad personal y espiritual de esta mujer.

En resumen, en el caso, bajo esa premisa debe ponderarse:

a. El principio de reserva consagrado por el art. 19 de nuestra CN. El principio de autonomía personal o de reserva o autorreferencia.

b. El derecho a que se respete la vida privada y familiar recogido en el marco jurídico

internacional por los arts. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

c. El derecho a fundar una familia. Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (art. 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969).

d. El derecho a acceder a las TRBA. La ley 26.862 (Reproducción Médicamente Asistida Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida).

e.- autorizar la gestación por sustitución a una mujer, no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11, CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24, CADH) en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH ( Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 15/03/2018, LA LEY 2018-E -106).

Desde una perspectiva de género la mujer que ofrece la gestación tiene derecho a la salud sexual y reproductiva y en ese sentido el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que "el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre



## **Poder Judicial**

nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Menciona el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referente al derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones". En igual sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su tercer informe "A/HRC/20/26 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 - 2000).

Por su parte, la voluntad procreacional también es un derecho humano por el cual la persona proyecta su deseo en una decisión, autónoma e independiente, de ser madre o padre, así y con una enfoque interdisciplinario se sostuvo: "en nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen obstáculos a su ejercicio" y "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas" (Gil Domínguez, La Voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p. 13).

A su vez se concuerda en que los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra la Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos -Pacto de San José de

Costa Rica-) de, entre otros,: 1) Respetar y garantizar el más alto nivel posible de salud sexual y salud reproductiva (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- y art. 10, ley nacional 23.311), 2) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y art. 10, ley nacional 23.179). (Juzgado de Familia de 5a Nominación de Córdoba V. A. B. y otros s/ solicita homologación · 25/04/2019 Cita Online: AR/JUR/9677/2019)

Paralelamente La CEDAW -aprobada por Ley 23179- y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994, aprobada por Ley 24632), son instrumentos internacionales que precisan el contenido de la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres, sin discriminación, el goce de todos sus derechos.

Luego la Ley 26485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus relaciones interpersonales" representa un cambio de paradigma sostenido por toda una normativa que aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva más amplia de la que existía en la legislación nacional (conf. Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, La violencia y el género. Análisis interdisciplinario, ed. Nuevo enfoque jurídico, 2012, pág. 155).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) dictó el 14/07/2017 la "Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la



## Poder Judicial

recomendación general 19".  
 ([http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en));

La CEDAW, en el art. 1º, precisa qué se entiende por "discriminación contra la mujer": "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...".

Esta norma, junto con el art. 5º de la mencionada Convención, compone parte del andamiaje central del corpus juris de derechos humanos de las mujeres, por ello entendemos que el Estado argentino al impedir que esta mujer geste voluntaria y debidamente informada como un derecho autónomo y derivado de la libertad de intimidad, constituye una forma de violencia como práctica que obsta al ejercicio pleno de los derechos humanos.

Bajo este entendimiento, la Resolución General 19 del Comité recomendó a los Estados partes, entre otros ítems, adoptar medidas respecto de los derechos y libertades sexuales y reproductivas. Y en la Resolución General 35, que actualiza la RG19, señala que en la actualidad la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer es un principio del derecho internacional consuetudinario y entre los puntos fundamentales señala que la noción de violencia incluye violaciones de derechos de salud sexual y reproductiva.

Por eso coincidimos en que "si bien existen desde lo normativo convenciones, tratados internacionales, observaciones generales y recomendaciones de comités de los tratados con un despliegue de herramientas jurídicas para la defensa y promoción de los

derechos humanos, lo cierto es que en los hechos muchas veces se deslucen esos cuerpos legales frente a prácticas sociales, institucionales o estatales (o a ausencia de ellas) que no responden a ese objetivo central: el respeto a la vida, dignidad, igualdad de género" (Yuba, Gabriela. Un hito en la lucha contra la violencia de género hacia la mujer: la Recomendación General 35 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer DFyP 2018 (febrero) , 153)

En la comprensión que la disposición del art. 562 Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto propicia, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, se determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz, es una configuración de violencia de género por afectar la libre determinación de su salud reproductiva, su integridad personal y su libertad personal cuando la mujer es gestante voluntaria de la inseminación artificial heteróloga en la cual el ovocito es donado por una donante anónima

Que de acuerdo a lo expuesto, la conformidad expresa de todos los involucrados, la legitimación activa de quienes accionaron, y art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

**RESUELVO:** 1.- Admitir la demanda y en consecuencia autorizar a J [REDACTED] [REDACTED] como comitente y progenitor volitivo y a C [REDACTED] [REDACTED] en su calidad de gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, oficiándose al Centro Médico PROAR.; 2.- Ordenar que el/a/s nacido/a/s de las técnicas de reproducción humana asistida -gestación por sustitución- será/n hijo/a/s de J [REDACTED], disponiéndose que



## **Poder Judicial**

así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s, dejándose a criterio y decisión del nombrado el prenombre con que será inscriptos su/s hijo/a/s en el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, de conformidad a lo normado por el art. 64 del Código Civil y Comercial; 3.- Disponer que J [REDACTED] es la única persona autorizada para tomar cualquier tipo de decisión vinculada al retiro del/a/s nacido/a/s del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento -una vez dada el alta médica correspondiente-; 4.- Hacer saber a J [REDACTED] el compromiso de dar a conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s.; 5.- Ordenar al Instituto Médico PROAR la obligación de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s/ niño/a/s.; 6.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Nadia Paula Parolin acuerdo a la labor desplegada (arts. 4, 5 y concs. Ley 6767) en CINCUENTA y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA y DOS PESOS C/ 64 cvos. (\$55.332,64) equivalente a 8 unidades jus; 7.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días corridos contados a partir de la fecha de notificación del presente. En caso de mora atento el dictado de la ley 27423 posterior al precedente "Municipalidad de Santa Fe c/ Bergagna Edgardo s/Recurso de Inconstitucionalidad" expte. 578/11 del 01/08/2017, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, que evidentemente ha excepcionado los honorarios de los abogados entre otros, tanto de la prohibición de indexar de los arts. 7 y 10 Ley 23928 modificado por Ley 25561, como del mecanismo de conversión de las deudas de valor en deudas de dinero del art. 772 C.C y C, creando un régimen especial. La ley 27423 ideó un mecanismo similar al del art. 32 Ley 6767 y modificatorias, llamando a la unidad de

medida de los honorarios UMA (Unidad de Medida Arancelaria), y en ambos casos es un porcentaje del sueldo de un Juez. Conforme el art. 51 Ley 27423, con un contenido análogo al art. 32 Ley 6767, los honorarios contemplados en ambas leyes cuentan con un régimen especial, que impone la cancelación con el pago de las unidades de medida contempladas en la ley, con independencia del momento en que la regulación adquiera firmeza. Si bien la ley 27423 está dirigida a las actuaciones en la justicia nacional-federal y como lo ha señalado la Corte en el precedente citado, las provincias conservan la facultad de dictar sus propias leyes arancelarias, es evidente que siendo la ley 27423 dictada por el Congreso Nacional que también sancionó las leyes 23928, 25561 y 26994, es claro que creó un régimen especial para los honorarios y en razón del principio de igualdad (art. 16 de la C.N) se concluye que las limitaciones a la actualización monetaria de la ley 23928 y la posible interpretación del art 772 C.C y C no son aplicables en esta materia en todo el país. Por tanto, bajo esa argumentación se admitirá la actualización en cuanto al equivalente a la misma unidad JUS aplicando una tasa activa equivalente al 12% anual desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, todo ello conforme al antecedente "PRIASCO STELLA MARI C/PIERRI PABLO FACUNDO S/ RENDICIÓN DE CUENTAS Expte n° 268/2015) Auto n° 43 del 18/03/2019 de la Cámara de Apelación en el Civil y Comercial de Rosario Sala 4ta. Insértese y hágase saber.

DRA. CAROLINA FERRONI  
Secretario

DR. RICARDO JOSE DUTTO  
Juez