



**AUTOS: S [REDACTED] M [REDACTED] L [REDACTED] Y OTROS S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS
(ART. 232 DEL CPCC)**

MO-12103-2022

Moron, en la fecha y hora indicadas en las referencias de firma digital aquí insertas.-mlu

AUTOS Y VISTOS: Los presentes actuados venidos a dictar sentencia, de los que;

RESULTA: D) Que con fecha 13/4/22 se presenta M [REDACTED] e I [REDACTED], [REDACTED], ambos por su propio derecho; con el patrocinio letrado de la Dra. Mariana Inés Rodríguez Iturburu, y C [REDACTED] por su propio derecho, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián Ariel Carsuso, promoviendo medida cautelar autosatisfactiva en el marco del proceso de gestación por sustitución que lleva adelante el matrimonio S [REDACTED]-A [REDACTED] en su carácter de comitentes/requirentes/pretensores progenitores en el Centro Fertilis Medicina Reproductiva, por el cual con fecha 18 de Octubre de 2021 se le transfirió a la Sra. S [REDACTED], en su carácter de gestante un embrión euploide conformado con material genético de los comitentes, cuyo resultado fue positivo en un primer intento y se encuentra en curso un embarazo evolutivo con fecha estimada y probable de parto el día 23 de junio del año en curso, todo ello conforme las constancias y documentación adjunta, solicitando a su turno, se decrete la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C. y C.N., en relación al alumbramiento del niño por nacer, toda vez que el mismo cercena derechos consagrados en principios convencionales y constitucionales de derechos humanos y se ordene la inmediata inscripción del niño al momento de su nacimiento, como hijo de sus progenitores M [REDACTED] [REDACTED] en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Creado por
LA



Ciudad Autónoma de Buenos Aires . Asimismo se ordene al Centro CEMIC, lugar donde se llevará a cabo el nacimiento, que los únicos autorizados al retiro del niño, luego de su alta médica, sean sus progenitores, matrimonio S [REDACTED]-A [REDACTED], como así se ordene el alta del niño como afiliado al grupo familiar perteneciente a M [REDACTED] [REDACTED] quien es socia de la Prepaga OMINT con numero de afiliada 4695254100020 y se le otorgue a ésta última licencia laboral para persona no gestante por el período anterior y posterior al parto.

A su turno describen los hechos, acompañan documentación respaldatoria, ofrecen prueba y fundan en derecho.

II) Que con fecha 26 de abril y 19 de mayo respectivamente se da vista de la presente causa al Ministerio Pupilar y al Sr. Agente Fiscal.

III) Que con fecha 19 de mayo y a raíz del hecho nuevo denunciado (adelanto de fecha probable de parto para el día 23 de junio del corriente), se procede a proveer la prueba informativa y se señala audiencia con las partes y su representación letrada, convocando en ese mismo acto la presencia del Representante legal del Ministerio Pupilar, como así la del Sr. Agente Fiscal. Asimismo se pasan las actuaciones al Equipo Técnico del Juzgado a efectos de la realización de informes socio-ambientales en los domicilios de ambas partes, y se efectúen los correspondientes informes psicológicos.

IV) Que con fecha 23 de mayo se encuentran agregadas las actas de las audiencias señaladas, como así con fecha 30 de mayo se han agregado los informes socio-ambientales y psicológicos a las partes a los cuales me remito en honor a la brevedad.

V) Que con fecha 31 de mayo, atento el estado de la presente causa, se da vista al Sr. Agente Fiscal y al Representante del Ministerio Pupilar, obrando dictámen de los mismos con fecha 8 y 9 de junio respectivamente.

VI) Que con fecha 9 de junio se llaman autos para dictar sentencia,



Y CONSIDERANDO: En primer lugar, cabe precisar que cuando nos referimos a "gestación por sustitución" estamos hablando de una técnica de reproducción asistida (TRHA) por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra, o con una pareja, denominada comitente/s, gestar un embrión con el objetivo de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con este/os último/s. Tiene la particularidad de que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño o niña no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo (cfr. NOTRICA, Federico; CURTI, Patricio Jesús en Herrera Marisa (Dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, ps.14- 15).

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (Famá, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación" L. L. 21/06/2011, 1, L. L. 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss; Fortuna Sebastián Ignacio "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"; RDF num. 57, Abeledo Perrot, 2012; Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada..." en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 50, Abeledo Perrot, Julio 2011, pp. 107, entre muchos otros).

Es dable destacar que la gestación por sustitución es considerada una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades -como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano mater semper certa est



de inscribir el nacimiento del niño por nacer, como hijo de la mujer que ha aportado el óvulo y de su pareja que ha aportado el espermatozoide para que, luego de la fertilización in vitro, se le implantara el embrión a la mujer gestante. De los distintos métodos de las TRHA, la gestación por sustitución es la que ha generado mayores controversias por la propia naturaleza de la práctica.

A partir de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aparecen las TRHA como una nueva fuente filial, y hay que recordar que el Congreso de la Nación aprobó previamente la Ley Nacional N° 26.862, por la cual se admite la cobertura de los tratamientos médicos de TRHA. Es de suma necesidad regular sobre la gestación por sustitución concretamente para poder determinar todas las proyecciones jurídicas que resultan de su práctica, distinguiendo su admisibilidad o no; el carácter oneroso o gratuito de los acuerdos; y el sistema de determinación de la filiación. (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., "Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Bs As, pág 249)

De manera que, se habla de revolución reproductiva porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las TRHA, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios. (LAMM, Eleonora, "Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", ed. Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0, pág. 17.)

Particularmente, la gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico no se encuentra regulada, correspondiendo aplicar el principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido (art.19 de la Constitución Nacional). Pues contaría con recepción implícita en el CCCN, por considerar que la falta de mención expresa de este tipo de TRHA no implica prohibición; ello con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico. El art.558 de nuestro ordenamiento legal establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

Específicamente, en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en el Congreso de la Nación, que diera origen al Código Civil y Comercial hoy en vigencia, se contemplaba la figura a través del siguiente texto normativo: "Gestación por sustitución: 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 solo 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 veces; "h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. "Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. "Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

Si bien, no fue aprobada, esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la



sustento, en el ámbito nacional, en el derecho que titulariza toda persona de poder intentar concebir un hijo mediante las posibilidades que la tecnologías derivadas del conocimiento científico. El art.558 de nuestro ordenamiento legal establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

Específicamente, en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en el Congreso de la Nación, que diera origen al Código Civil y Comercial hoy en vigencia, se contemplaba la figura a través del siguiente texto normativo: "Gestación por sustitución: 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 solo 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 veces; "h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. "Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. "Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

Si bien, no fue aprobada, esa exclusión es más aparente que real, pues para que hubiera producido su supresión era necesario la eliminación de dos presupuestos esenciales, el principio de voluntad procreacional como fuente de filiación y la prohibición de realización de la técnica referida, pero eso no ocurrió, en consecuencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



Sanatorio Otamendi Miroli S.A. en el mismo se indica como fecha probable de parto 2 de julio de 2022, estudios varios, coincidente con la prueba informativa agregada en autos.

Asimismo, tengo con la documental acompañada que las partes han suscripto ante la Notaria Maria de los Angeles Gattari, un acuerdo de gestación por sustitución a pedido de la Clinica Fertilis, en el que C [REDACTED], es la gestante y M [REDACTED] con su pareja A [REDACTED] resultan ser los comitentes. De su lectura se desprende que la motivación de la gestante (C [REDACTED]) tienen fines altruistas, solidarios y humanitarios y cuyo fin es brindar su capacidad gestacional a los comitentes a fin de que puedan lograr su proyecto parental a través de este proceso. Asimismo, del mismo se puede vislumbrar que no posee voluntad procreacional de tener un hijo propio, que no desea tener vinculo juridico con la persona por nacer, ni vinculo filiatorio por este tipo de tratamiento, comprometiéndose en dicho documento a efectuar todos los controles médicos que sean necesarios para preservar el normal desarrollo de la gestación, en cuanto a los comitentes le proporcionaran a la gestante la cobertura de la empresa de medicina prepaga MEDICUS, hasta seis meses después del nacimiento del niño, un seguro de vida por el plazo de un año, todos los gastos médicos que demanden este proceso y no estén cubiertos por MEDICUS y una compensación económica en virtud de las implicancias del procedimiento.

Han acompañado los consentimientos informados y de los informes psicológicos los cuales resultan coincidentes con la prueba efectuada por las peritos del Juzgado a mi cargo, de los que se desprende que las partes involucradas en este proceso, no hay presencia de indicadores psicopatológicos en los Eje I y II del Manual de Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM V) y de consumo problemático de sustancias psicoactivas respecto a S [REDACTED] - A [REDACTED] y con relación a la Gestante S [REDACTED], se desprende que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, comprende la información brindada acerca del proceso de gestación por



consentimientos informados extendidos por los profesionales a cargo, y entiende las implicancias del vínculo jurídico de filiación, derechos y obligaciones de cada parte involucrada en el acuerdo/tratamiento de gestación por sustitución.

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 Com. 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. Resulta importante esta cuestión, dado que este instrumento genera vínculo filial entre el/la niño/a que nacerá y quien/es lo suscribieron, poniendo en crisis —y de manera positiva— la biologización de las relaciones familiares. (Vittola, Leonardo R. - Notrica, Federico, RDF 2020-II, 03/04/2020, 55, LALEY AR/DOC/432/2020).

Resulta necesario, entonces, efectuar un pormenorizado análisis de la norma en juego, en contraposición con aquellas de raigambre constitucional-convencional, con el objeto de definir si la misma puede coexistir en el esquema normativo argentino. La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás. Por ello, como mandan los tratados de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia", la misión del Estado —en esta coyuntura, el Poder Judicial— es resolver teniendo en cuenta las características del caso y no en pos de principios abstractos, que no se verifican en la especie.

Así, la tutela judicial efectiva y la protección preferente de las personas en situación de vulnerabilidad, exige a la jurisdicción la adopción de medidas positivas adecuadas para generar las condiciones que maximicen las posibilidades de seguridad y felicidad a todos los integrantes de las dos familias participantes en la gestación por sustitución, adultos y menores de edad, en lugar de establecer desventajas



excluyentes o barreras burocráticas estigmatizantes, como requiere la Asesoría interviniente de querer que la Sra. S. [REDACTED] preste bajo juramento su estado civil, si recibió retribución alguna, si se ha sometido anteriormente a un proceso de gestación por sustitución, que acompañe certificado de nacimiento de sus hijos y acompañe certificado médico en el que conste su plena capacidad psíquica, y la prueba de ADN cuando existen en autos prueba suficiente de que se trata de una transferencia embrinaria donde el material genético es de los comitentes S. [REDACTED] y A. [REDACTED] como así también surge de los informes interdisciplinarios donde acreditan dichas circunstancias y que valoro conforme a las reglas de la sana crítica (art. 384 CPCC) .

Pues si bien la práctica de la gestación por sustitución no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico positivo interno, lo cierto es que conforme a la redacción actual del art. 562 del CCyCN "no podrían acceder a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida aquellas mujeres heterosexuales u hombres homosexuales que estén inhibidos de poder llevar a término un embarazo, y por lo tanto, nunca podrían conformar una familia integrada por una mujer y un hombre heterosexuales donde la mujer está incapacitada de poder procrear", como en el caso de autos (cfr. GIL DOMINGUEZ, Andrés, La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico, DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos, N° 30, 11- 07-2017)

Por su parte el art. 562 aprobado e incorporado al cuerpo normativo reza: "Voluntad procreacional. 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". Como se puede observar, aunque la norma no imposibilite la realización de la práctica, sí impide la materialización de sus consecuencias positivas en respeto de la voluntad procreacional y el amor filial exteriorizado a través del consentimiento informado.



jurídicos con la gestante, quien en los hechos, no ha exteriorizado a través del consentimiento previo, informado y libre su voluntad procreacional. En consecuencia, la norma escapa de la interpretación que pudiere realizar la Suscripta con las reglas que contempla el Código en sus arts. 1 y 2, pues lo que está en juego es aquí si se declara su inconstitucionalidad.

En este encuadre, resulta que en el recorrido de las personas que acuden a las TRHA para lograr su anhelo de paternar/maternar/ahijar convergen un sinnúmero de derechos merecedores de tutela judicial efectiva. Así, el derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio pro homine, deben ser el eje central del tratamiento de la cuestión.

Ello así, por cuanto, la singularidad de las circunstancias que llevan a los aquí peticionantes a articular esta acción me permite concluir que, siendo titular de todos los derechos que sumariamente se enumeraron, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la Ley 26862) no puede -desde, como se dijera, constituirse en un valladar para el acceso de M. [REDACTED] e [REDACTED] a esta TRHA, so pena de convalidarse -además- un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts.1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29). Es responsabilidad de la suscripta, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que les impida cumplir con el objetivo por el que recurrieron a la Justicia, en su deseo de conformar, junto a ese hijo ansiado, una familia. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



específicamente la CIDH. (Juzg. Fam. 5ª Nom., Córdoba; 29/10/2021; Rubinzal Online; RC J7723/21)

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho 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 leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, los jueces deben ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006).

Incluso, en consonancia con la reforma constitucional de 1994 que da nacimiento al denominado "bloque de constitucionalidad", los jueces no sólo deben limitarse al control difuso de constitucionalidad sino, también, a ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina, como es el caso de la CADH. Donde no sólo se limita a las normas de la CADH sino también al alcance e interpretación que realiza sobre las mismas la CIDH como el Máximo Tribunal Regional encargado de interpretar la CADH. En consecuencia con lo hasta aquí trazado y, puntualmente, en relación al tema a decidir, destacada doctrina sostiene que ".los casos deben ser planteados y resueltos haciendo frente al cerco impuesto por la letra del art. 562 del Cód. Civ. y Com

Atendiendo a esta realidad, la justicia nacional abrió un camino que se proyecta hacia la admisión de la gestación por sustitución. Adhiriéndose al criterio



seguido, por entender que conforme el sistema de fuentes interno en el derecho argentino, el borrar la gestación por sustitución del CCCN no implica prohibición. Encuentra sustento esa posición en la amplitud que consagra el art. 7 de la Ley 26.862, y especialmente, en el resguardo de los derechos humanos personalísimos comprometidos y reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales junto con la Constitución nacional ocupan el vértice de la pirámide jurídica; como lo expresa el CCCN en su Título Preliminar. (Krasnow, Adriana N. – Pitasny, Tatiana, "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el CCCN", 14/12/2015, Microjuris.com Argentina, MJ-DOC-7539-AR | MJD7539)

Ahora bien, analizaremos los derechos que la práctica efectuada involucra y que aplicación de la norma vulnera. En primer término se advierte el derecho humano a fundar una familia. Al respecto, la Corte IDH en el precedente "Artavia Murillo v. Costa Rica" efectúa una interpretación amplia del art. 7 de la CADH señalando que "este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (...) constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones." (párr. 142 y sstes.; sent. del 28/10/2012). En dicho fallo, también la Corte ha marcado la diferencia entre distinciones y discriminaciones compatibles con la convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los Derechos Humanos. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la Fecundación invitro. Por tanto la corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del art. 24 sino a



la luz del art. 1.1 de la Convencion en relación con los arts. 11.2 y 17 de la misma (CIDH, Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op., cit., párrafo 285)

La CIDH considera también que la decisión de ser o no madre o padre, es parte del derecho a la vida privada. En otras palabras, la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductivos se circunscriben dentro de la vida privada. Precisamente respecto a estos derechos, se indicó que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, pudiendo gozar asimismo, de los avances de la ciencia. (CIDH, Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, op., cit., párrafo 143.)

En una misma dirección, se inscribe nuestra Constitución Nacional que en su art. 14 bis opta por consagrar la protección integral de la familia pero sin dar una definición de ésta, lo cual resulta de suma importancia porque deja abierto el debate que pretende la democratización de la familia. Este derecho a fundar una familia es uno de los pilares que justifica la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico a la gestación por sustitución. Como se puede observar, fundar una familia procreando o no, depende, a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener. (FAMÁ, María V., "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", fallo comentado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III (CNFedCivyCom)(SalaIII) CNFed. Civ. y Com., sala III ~ 2009-05-19 ~ B., M. N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación, LA LEY 18/06/2009, 18/06/2009, 3 - LA LEY2009-D, 78, pág. 2.)



A su vez, se cuestionan Gil Domínguez, Famá y Herrera: "que si el fundamento normativo de los derechos humanos es la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia humana, ¿cómo es posible que algunos de los titulares puedan ejercer estos derechos y otros titulares no lo puedan hacer sobre la base de una elección que configura su plan de vida y no daña a terceros?" (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés., FAMÁ, María V., HERRERA, Marisa., op. cit., pág. 48 y 49.) La libertad personal, y el libre desarrollo de la personalidad —que nuestro art.19 de la C.N protege y lo excluye de la injerencia estatal acordando a todos, como dice la CSJN, la libertad de conciencia y de elección para elaborar su propio proyecto de vida con la sola restricción de no afectar la moral pública o iguales derechos de los demás, será el primer fundamento para dar el paso a los derechos reproductivos y fundar una familia. Se amalgaman de esta manera la vida privada y la vida familiar en campos exentos de la autoridad estatal puesto que no puede arrogarse la potestad, ya sea por acción u omisión, de definir quién debe o no reproducirse y bajo qué condiciones. (CSJN, Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, op. cit., considerando 22 y 14)

Dijimos pues, que un individuo puede con su conviviente, conyuge o solo, proyectarse la idea de procrear conforme en términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, gozando de los avances de la ciencia. El problema se presenta, como en el caso de autos, respecto de las parejas heterosexuales donde la mujer no puede gestar, a quienes no les quedará más alternativa que acudir a la gestación por sustitución para reproducirse, por el obvio impedimento natural que les asiste de no poder concebir. Entonces cabe preguntarse ¿genera la situación antes mencionada una afectación al principio de igualdad?; Considerando que existe un derecho a procrear y fundar una familia para todas las personas, ¿es discriminatorio que el sistema legal argentino no dicte medidas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades?; ¿es discriminatorio que nuestro país reconozca -aunque fuere mediante batallas judiciales- las prácticas de gestación por sustitución efectuadas fuera del país llevadas a cabo por aquellas que



tienen la capacidad económica de hacerlo y no la regule internamente? (Pablo Melon y Federico Notrica "La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. La necesidad de una regulación")

Nuestra Constitución Nacional dispone en su art. 16, que todas las personas son iguales ante la ley vedando todo tipo de discriminación, y a su vez elevando el principio de igualdad como uno de los fundantes de la república democrática. Esto lleva a nuestra Corte Federal a sostener que, "los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional". Sumado a lo antes expuesto, traigo a colación el caso "Freyre", en el cual se fundamentó la decisión diciendo que: "(...) No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico, para adoptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce" (Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°15 de la Ciudad de Buenos Aires, 10/11/2009, "Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/amparo", en Abeledo Perrot online N°: 70057353)

Asimismo, cabe mencionar el rol predominante que presenta la voluntad procreacional en materia de técnicas de reproducción humana asistida. El concepto de "voluntad procreacional" no es nuevo, ya a mediados de los '60 Díaz de Guijarro la mencionaba entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida" (Díaz de Guijarro Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", en JA 1965-III-21). Como se puede apreciar, la voluntad juega un papel central en materia de técnicas de reproducción humana asistida, al punto de poner "...en crisis la noción de determinación de la maternidad, disociando la biología (gestación y parto) de la maternidad" (cfr. NOTRICA, Federico; CURTI, Detasio



Jesús en Herrera Marisa (Dir.), Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, p. 33). En coherencia con ello, el respeto de la autonomía de la voluntad y el derecho a formar una familia que detentan las partes, implica, a su vez, respetar su voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento informado que han suscripto en la clínica privada de salud reproductiva (Fertilis), cuya documentación se encuentra agregada junto al escrito de inicio en formato pdf.; circunstancia que obliga a sortear la aplicación del art. 562 del CCCN, generando vínculos filiales con las partes y no con la persona gestante.

Se subraya con elocuencia que "se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' (.). Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que 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 asistida", en Revista de Bioética y Derecho N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, p. 76-91).

Paralelamente, entra en juego el principio de igualdad y no discriminación. Es importante detenerse aquí también para señalar dos cuestiones. La primera cuestión se encuentra ligada a la limitación contenida en el art. 562 e. análisis, pues su aplicación impide, la concreción del derecho humano a formar una familia en contraposición con la voluntad procreacional expresada por los comitentes, generando desigualdad y situando a esta familia en concreto en una situación de discriminación en contraposición con otras familias. Ello es un claro caso de discriminación indirecta; es decir, cuando una norma que aparenta ser neutra, su aplicación termina perjudicando a un grupo determinado de personas (Cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo I, Rubinzal-Culzoni,



aquellas personas solas que no puedan llevar adelante un embarazo a término o parejas de hombres homosexuales o parejas heterosexuales donde la mujer no puede llevar un embarazo a término como en el caso de autos. En síntesis, el ordenamiento jurídico argentino no brinda una respuesta a estas familias, excluyéndolas de las posibilidades que ofrece el ordenamiento en cuanto a sus tres fuentes filiales y, puntualmente en las TRHA, al goce del avance del desarrollo de la ciencia. La segunda cuestión, trata sobre la falta de regulación específica en torno a la gestación por sustitución. Ello genera desigualdad y atenta contra el principio de igualdad y no discriminación contemplado expresamente en nuestra Constitución Nacional (art. 16), toda vez que, si bien no está prohibida, su falta de inclusión obliga a estas personas a afrontar enormes gastos para poder concretar su deseo de fundar una familia. Y muchas de ellas quedan afuera por no contar con recursos económicos suficientes.

Por consiguiente, estamos frente a un contexto convencional-constitucional que recepta favorablemente este derecho humano fundamental y central en el ámbito de las TRHA, pues si se aplica el art. 562 del CCCN generaría vínculos jurídicos con la gestante, quien ha expresado que no quiere ser madre. En otras palabras, indirectamente, la norma limita a los comitentes en cuanto al goce de los beneficios de la ciencia, pues si bien no prohíbe su realización, tampoco la reconoce, "haciendo de cuenta que nunca hubiera existido. El derecho mira hacia otro lado.

Razonado lo precedente, corresponde entonces expedirme acerca de la petición y, fundamentalmente, sobre el pedido de inconstitucionalidad del art.562 del CCCN. Para ello habré de apoyarme en el dictamen de la Representante del Ministerio Público Fiscal, en el informe del Equipo Técnico interdisciplinario del Juzgado y en los informes psicológicos de la Clinica Fertilis, los cuales resultan coincidentes en cuanto a la plena capacidad de los involucrados para efectuar el consentimiento informado. Sobre el pedido de inconstitucionalidad ha dicho el Ministerio Público Fiscal en su dictamen: (.) que corresponde hacer lugar al planteo



declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de última ratio y que, de ser posible, debe evitarse, tratando siempre de interpretar el texto legal conforme a la Constitución Nacional pero en el caso de autos no es factible. Resulta dificultoso compatibilizar lo dispuesto en el art 562 del CCyC con las fuentes de interpretación prevista en el título preliminar del Código Civil y Comercial y los Tratados de Derechos Humanos. (.) citando fallos de la CIDH al respecto.

En base a los lineamientos argumentativos hasta aquí trazados estimo, sin más, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN en el caso en concreto, pues el mismo vulnera el derecho humano a fundar una familia y la capacidad de autodeterminación de los comitentes, quienes no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para garantizar la inscripción del hijo por nacer de la realización de la técnica utilizada. Se atenta contra la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación en el campo de las TRHA, entendido como derecho humano y que pone en práctica o materializa el deseo de fundar una familia. También se vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho humano al goce y beneficio del avance del progreso científico en materia reproductiva, al no generar vínculos filiales con C [REDACTED], finalmente, menoscaba el interés superior del niño y su eventual derecho a la identidad, pues al generar vínculos jurídicos filiales con la persona gestante no se brinda una respuesta coherente y respetuosa de su verdadera identidad en su faz volitiva y, en el caso particular, también genética. Como tampoco respeta la voluntad y autonomía de la gestante a no querer ser madre del niño que lleva en su vientre.

Por otra parte, aparece también otro eje central, del cual es necesario reflexionar sobre si una mujer tiene derecho a controlar su cuerpo en razón de la libertad reproductiva –tales como el derecho al aborto, o a controlar el número y espaciamiento de sus hijos - ¿Por qué negarles el derecho a elegir actuar como gestantes?(Pyton 2001; Shalev 1998; MClachlan y Swales 2000) La gestación por sustitución es una de las muchas opciones reproductivas que las mujeres deben poder



fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el elemento principal de control es la elección: la opción de no quedar embarazada, la opción de quedarse embarazada, y la decisión de abortar. La decisión de convertirse en gestante o de recurrir a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva. De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la gestación por sustitución implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes (Lieber 1992). Ahora bien, este argumento, supone libertad y autonomía. (MJ-DOC-13769-AR | MJD13769)

De los informes psicológicos del equipo técnico de S [REDACTED] y A [REDACTED], se desprende en sus Consideraciones profesionales: (.)"que no presentaría patología en salud mental que impida el pleno uso y ejercicio a sus facultades psíquicas. Por tanto se advierte que la Sra. M [REDACTED] presentaría plena conciencia y derecho para poder dar consentimiento respecto de decisiones que impacten en su vida personal e íntima conforme lo ha expresado en la entrevista mantenida con las suscriptas. Se resalta también que la Sra. presentaría en su discurso la presencia de deseo materno genuino y un proyecto de pareja sólido para llevar adelante la parentalidad planteada. Por otro lado, se destaca que la pareja conformada por la Sra. S [REDACTED] y el Sr. A [REDACTED] mantendría un lazo afectivo y de confianza con la Sra. S [REDACTED], a quien habrían acompañado y garantizado su salud en el proceso realizado." Respecto de la entrevista interdisciplinaria sostenida con la Sra. S [REDACTED] se desprende (.)"que a la fecha no presentaría patología en salud mental que impida el pleno uso y ejercicio a sus facultades psíquicas. Por tanto se advierte que la Sra. presentaría plena conciencia y derecho para poder dar consentimiento respecto de decisiones que impacten en su vida personal e íntima conforme lo ha expresado en la entrevista mantenida con las suscriptas. Se resalta también que la Sra. no presentaría deseo materno frente a la gestación que estaría llevando a cabo. Su discurso en torno a la misma se advierte desafectivizado. Por otro lado, se destaca que mantendría un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



lazo afectivo y de confianza con la pareja S [REDACTED] - A [REDACTED], quienes habrían acompañado”

Se entiende que la autonomía hace referencia a la capacidad de la persona de asumir sus elecciones y justificarlas en función de su visión particular del bien, independientemente de que esta visión del bien no sea la mayoritaria. Pero que constituya su visión particular del bien no significa que sea un simple desecho irreflexivo. El consentimiento de la persona en este contexto expresa un proyecto de autogobierno. Resulta sorprendente que se ponga en duda la capacidad para consentir libremente sobre cuestiones que tienen que ver con la reproducción de las mujeres o personas gestantes. Por consiguiente, cuando no se admite la gestación por sustitución porque se presupone que la persona gestante siempre estará siendo forzada a gestar un hijo/a para otra persona o pareja, debido a una situación de necesidad, o de desventaja económica o social, se está privando de capacidad de consentimiento a las mujeres o personas gestantes. No existen otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico donde suceda esto, a no ser que concurren circunstancias extraordinarias que facultan a la privación de la capacidad de obrar y, por ende, de consentir libremente a las personas. (TR LALEY AR/DOC/1271/2019)

La gestación por sustitución, en una sociedad paternalista, es vista como una forma de esclavitud, en donde la gestante es explotada a través de los incentivos de dinero, lo que supone la cosificación del cuerpo de la mujer. Sin embargo, la afirmación de la capacidad contractual de las mujeres las empodera y las reconoce como sujetas autónomas. Como personas, las mujeres embarazadas tienen el derecho fundamental de usar libremente su cuerpo y de tomar decisiones al respecto. Entender que la gestación por sustitución siempre ha significado la explotación de la mujer es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y su capacidad de consentimiento. Se argumenta que las mujeres no podrán empoderarse (adquirir confianza, ser, actuar como sujetas de derecho no sometidas a control ni limitadas por los roles que cualquiera pretenda imponer) sin autonomía, ni libertad, ni



gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que además contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres fortificando a su vez la heteronorma. Sostener que en una sociedad heteropatriarcal y neoliberal las mujeres no tienen capacidad de decidir libremente, sino que se ven forzadas a tomar decisiones por los condicionantes externos es un argumento peligroso que ya se ha usado antes, y no siempre desde posturas feministas. (MJ-DOC-13769-AR | MJD13769)

Con base en lo anterior, parece que la única salida para evitar la situación consiste en realizar determinadas comprobaciones, como, por ejemplo: en el caso de autos, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, que al no conllevar un interés netamente económico por haber forjado un vínculo afectivo entre las partes (Ver informes del equipo técnico). También debe descartarse el concepto de "explotación" de la madre sustituta, ya que el objetivo de la gestante es el deseo de ayudar a la pareja para la conformación de una familia, con el nacimiento de un hijo. Resultando necesario reiterar que de la entrevista interdisciplinaria, podemos vislumbrar que la Sra. S. [REDACTED] no presentaría patología en salud mental que impida el pleno uso y ejercicio de sus facultades psíquicas, presenta plena conciencia y derecho para poder dar su consentimiento respecto de decisiones que impacten en su vida personal e íntima y que no presenta deseo materno frente a la gestación que estaría llevando a cabo. Su discurso en torno a la misma se advierte desafectivizado (...) destacando que la Sra. S. [REDACTED] mantendría un lazo afectivo y de confianza con la pareja S. [REDACTED]-A. [REDACTED]. Coincidiendo ello, con el informe interdisciplinario efectuado por las Lic. Paula M. Abelaira (MN. 58.238) y Lic. Flavia Navés (MN: 59. 867) de la Clínica Fertilis el que en sus consideraciones expresa: (.) C. [REDACTED] [REDACTED] en pleno uso de sus facultades mentales, comprende la información brindada acerca del proceso de gestación por sustitución en el que participará de forma libre y voluntaria; es capaz de firmar los consentimientos informados



extendidos por los profesionales a cargo, y entiende las implicancias del vínculo jurídico de filiación, derechos y obligaciones de cada parte involucrada en el acuerdo/tratamiento de gestación por sustitución.”

En definitiva para evitar enfoques paternalistas resulta necesario atender el problema, respecto de la autodeterminación de la mujer, desde una perspectiva de derechos humanos con enfoque de género, como marco básico de toda acción destinada a “potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativa a su salud sexual y reproductiva”, precisamente porque en el centro de la cuestión se halla el concepto de “autonomía”, requisito ineludible en todo proceso de decisiones auténtico. Así, el concepto de “autonomía” debe ser objeto de algunas precisiones, a fin de poner de relieve limitaciones que permiten problematizar y “estar alertas”, como manda el Comité para la Eliminación de la Discriminación, para detectar discriminaciones ocultas prohibidas por la Convención (Recomendación General Nro.28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, ONU)

Eleonora Lamm, luego de refutar los argumentos paternalistas que violan el derecho de las mujeres a la autodeterminación, que refuerzan el estereotipo de la mujer como incapaz de brindar consentimiento racional, que ignora las voces de las propias personas gestantes que reclaman que su trabajo sea valorado y valuado, admite que la explotación puede existir en muchos contextos, especialmente si se carece de regulación legal. Lo que refuerza la necesidad de legislar porque la prohibición o la falta de regulación o silencio de la ley “potencia o aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que la gestación por sustitución se realice al margen de la ley y, en muchos casos en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias”, como ocurre en la India por falta de consentimiento, abortos clandestinos no consentidos ni informados, falta de pagos a las gestantes (www.womenleadership.in/csr&surgacyreport.pdf)



Por otro lado, de la documental acompañada el 13/10/21, surge que las partes aquí involucradas han suscripto un acuerdo de gestación por sustitución a pedido de la Clínica Fertilis, cuyas firmas se encuentran certificadas por la escribana María de los Angeles Gattari (documentación acompañada con la demanda con fecha 13 de abril de 2021) donde en el apartado B 1) Comitentes: en el punto 1) los comitentes le proporcionan a la gestante una cobertura de la empresa de medicina prepaga Medicus al Plan Mujer, 2) Todos los gastos médicos que demande este proceso serán solventados por los comitentes, proporcionándole también insumos e indumentaria de maternidad 3) los comitentes ofrecen a la gestante y esta acepta un seguro de vida individual por el plazo de vigencia de un año 4) La gestante, C [REDACTED] [REDACTED], quien tiene un vínculo socioafectivo con los comitentes/requirentes, les ha propuesto en forma altruista libre voluntaria y autónoma al conocer la situación por la que atravesaban, llevar adelante un embarazo y los comitentes, conocedores de las implicaciones del procedimiento que se llevara a cabo propone una compensación que se abonara bajo la siguiente modo. Un pago mensual y consecutivo de pesos treinta y cinco mil con 00/100 (\$ 35000) por el plazo de doce (12) meses, pudiendo extender en razón del resultado del procedimiento, realizando el primer pago la semana en la que se realice la transferencia. Dicho pago se abonara en efectivo del 1 al 5 de cada mes. Asimismo, los comitentes abonaran a la gestante la suma de US\$ 3.800 (dólares estadounidenses billete tres mil ochocientos) en tres cuotas, pagaderas de la siguiente forma y cada una de ellas sujeta a las condiciones que se detallan a continuación: 4a) La primera cuota asciende a la suma de US\$ 400 (dólares estadounidenses billete cuatrocientos) y que será abonada una vez que el análisis de la hormona beta-hCG arroje un resultado positivo y su evolución sea confirmada en el estudio ecografico respectivo. 4b) La segunda cuota asciende a la suma de US\$ 800 (dolares estadounidenses billete ochocientos) y sera abonada cumplido el curso ininterrumpido de tres (3) meses de embarazo. 4c) La ultima cuota restante por un monto de US\$ 2600 (dólares estadounidenses billete dos mil seiscientos) sera abonada en oportunidad de concretarse el nacimiento y a las 48 hs del

Creado por: LUCCHINI MINUZZI, MARIA LAURA el 23/06/2022 10:14:00



alumbramiento. A su vez en el punto b 2.) Gestante 1) C [REDACTED] le ha propuesto en forma altruista, libre, autónoma y desinteresada a los comitentes al conocer la situación por la que atravesaban, ya que tiene un vínculo socioafectivo con ellos, llevar adelante un embarazo en carácter de gestante.

Asimismo, del Informe interdisciplinario de fecha 12 de agosto de 2021 de la Sra C [REDACTED] "M [REDACTED] establece contacto con los requirentes a través de una página de Facebook sobre gestación por sustitución donde estos exponen su caso y la búsqueda de una gestante. Se pone en contacto con ellos e inician conversaciones. Cuenta que "estaba en tema", ya que es donante de óvulos y en la clínica en la que dona le sugirieron la posibilidad de realizar una gestación. Además, sabía de qué se trataba la gestación por sustitución por tener contactos cercanos que han accedido a ser padres de este modo. Esta será la primera vez que realice una gestación para otros, en oportunidades anteriores conversó con otras parejas pero no se sintió cómoda. La historia de L [REDACTED] e [REDACTED] la conmovió particularmente y dice que se sintió a gusto desde el inicio. Indica que le gusta poder ayudar a otros a construir su familia y admite que el dinero le viene bien. Dichas manifestaciones fueron mantenidas en la audiencia ante la suscripta, y en presencia de la Asesoría de incapaces y el Ministerio Público Fiscal.

En algunos ordenamientos jurídicos la gestación por sustitución se haya instrumentada a través de acuerdos comerciales, una persona o pareja comitente paga a la gestante una suma de dinero destinada a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, además de una suma a la agencia intermediaria, que es la encargada de buscar a la mujer que ha de gestar y de formalizar el acuerdo entre las partes. Cabe señalar que se trata de una compensación y no de una retribución. "Aunque por no haber beneficio económico puede parecer que el campo es reducido, lo cierto es que las posibilidades son amplias."

Si bien en nuestro ordenamiento, la gestación por sustitución no estaría regulada, el art 17 del Código Civil y Comercial establece que "Los derechos sobre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



el cuerpo humano o sus partes **no tienen un valor comercial**, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.”

Por ello, y sin perjuicio de que se desprende de los informes obrantes, “...que los comitentes y la gestante mantendrían un lazo afectivo y de confianza ...”, adhiero nuevamente a lo dispuesto por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto a que dicho acuerdo es realizado a solicitud del centro FERTILIS, Medicina Reproductiva con domicilio sito en Av Fondo de la Legua n 277 Boulonge, Provincia de Buenos Aires, he de remitir copia de las presentes actuaciones al Ministerio Público Fiscal de San Isidro ante la posible comisión de un delito de acción pública, comunicando también al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para que tome conocimiento de los procedimientos médicos llevados a cabo en el ámbito de esta provincia, ya que la determinación de la filiación de un niño sea ya cambio de dinero (como compensación económica) o por razones socio-afectivas no puede quedar librada al acuerdo de los particulares en el ámbito privado. A tal fin librese oficio.

En segundo termino, ha sido requerido, la correcta e inmediata inscripción del niño como hijo de los comitentes. Sabido es que en todo decisorio judicial en el cual se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, debe primar el superior interés de éstos, principio brindado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3º, bajado al sistema normativo interno a través de la ley 26.061 (art. 3º) y su par provincial ley 13.298 (art. 4º); y también en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 706 inc. c y, en lo referente responsabilidad parental - como en el caso de autos- en su art. 639 inc. a.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n° 5 (2003) ha dicho que el interés superior es un principio que debe aplicarse en todas las medidas que se adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero los afectan (párr. 13).



Tal principio funciona en la práctica como una herramienta hermenéutica que obliga a los jueces a interpretar la circunstancias fácticas traídas a su consideración y resolviendo las mismas teniendo en miras la máxima satisfacción integral de derechos, analizado no en abstracto, sino en concreto en cada caso en particular. Se funda en la dignidad misma del ser humano, "siendo preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño" (OC-17/2002, Corte IDH). En igual sentido, el Comité de Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3° enuncia uno de los cuatro principios generales de la CDN en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (Observación General n° 14, Comité de Derechos del Niño).-

Consecuentemente, la Corte IDH en la opinión consultiva n° 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño expresó que el interés superior del niño ha de ser entendido "como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y adolescencia [...] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".-

Bajo estos lineamientos, habría que preguntarse si la actual redacción del art. 562 del CCCN respeta los derechos de la persona que potencialmente pueda nacer por medio de la técnica de gestación por sustitución o atenta directamente contra sus derechos fundamentales. Siguiendo a lo dicho por la autora Eleonora Lamm, el interés superior del niño como principio rector del derecho exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica y se garantice una filiación acorde a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



alquiler de vientres", Observatori de Bioética i Dret, UB). Circunstancia que se liga automáticamente con el derecho a la identidad.

La CIDH tiene dicho que "...el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (CIDH, 24/02/2011, "Gelman vs. Uruguay", p. n° 122). Del mismo modo, el Comité Jurídico Interamericano tiene dicho que "...el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana" y que, en consecuencia, "es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana" (cfr. op. cit. p. n° 123 y cit. al pie; y Corte IDH, 31/08/2011, "Contreras y otros vs. Salvador", p. n° 113 y cit. al pie).

En materia de protección de la infancia la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será 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" (art. 7°) y que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8°). Si bien el principio del interés superior del Niño y su eventual derecho a la identidad aquí se tratan de manera potencial, lo cierto es que la decisión que aquí recaiga repercutirá directamente sobre los derechos de aquella persona que pueda nacer producto de esta técnica y resulta insoslayable a la Suscripta hacer mención acerca de la inscripción registral que recaiga ulteriormente,



debiendo expedirme en torno a las consecuencias que acarrea la aplicación del art. en análisis.

A fin de adoptar una decisión a la luz del principio general del proceso de familia que consagra la tutela judicial efectiva (arts.15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 706 CCCN) y del interés superior del niño. (arts.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 706 inc.c CCCN, art. 4 Ley 13298 y art. 4 Ley 26061), la medida preventiva incorporada en el art.51 del CCCN para protección de toda afectación a la dignidad humana constituye una vía procesal adecuada para dar respuesta a la petición incoada en autos, a efectos de prevenir todo menoscabo a derechos fundamentales del niño en el momento de su nacimiento, en particular su inscripción inmediata en condiciones de igualdad con cualquier otro niño y sin barreras discriminatorias derivada de la TRHA. En este caso garantizar el interés superior del niño que nacerá a fines de este mes, implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que se incluirá como uno más de la familia.

En las TRHA es importante, como se menciona, disociar entre el elemento biológico, el genético y el volitivo "voluntad procreacional" siendo éste último el que aquí debe cobrar relevancia fundamental. quien tiene la llamada "voluntad procreacional", es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Este es el elemento o elemento central cuando se trata de TRHA." (La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación. materia de familia. Reformar para transformar por MARISA HERRERA 29 de Diciembre de 2014, Infojus Id SAJ: DACF140902) En virtud de ello y teniendo en cuenta que además en el caso de autos la pareja S -A han aportado ambos su propio material genético, es decir que el niño por nacer se encuentra vinculado biológicamente con la pareja, en atención a la documentación aportada (informes médicos, informe médico de la transferencia embrionaria y consentimiento



2021 documentación digitalizada junto con la presentación liminar con fecha 13 de abril de 2022) estimo que corresponde hacer lugar al emplazamiento filiatorio disponiendo que el niño por nacer se inscriba como hijo de M [REDACTED] e [REDACTED] debiendo, en atención a lo dispuesto en el art. 563 del CCCN dejar la constancia correspondiente.

La gestación por sustitución, de acuerdo a la diversidad funcional de la progenitora, constituye para esta pareja la única oportunidad real de ejercer su derecho fundamental a formar una familia y de ejercer una maternidad y una paternidad responsables y en igualdad de condiciones que los demás. Por ello, como mandan los tratados de derechos humanos ya mencionados ut supra "en las condiciones de su vigencia", la misión del Estado —en esta coyuntura, el Poder Judicial— es resolver teniendo en cuenta las características del caso y no en pos de principios abstractos, que no se verifican en la especie.

Así, la tutela judicial efectiva y la protección preferente de las personas en situación de vulnerabilidad exige a la jurisdicción la adopción de medidas positivas adecuadas para generar las condiciones que maximicen las posibilidades de seguridad y felicidad a todos los integrantes de las dos familias participantes en la gestación por sustitución, adultos y menores de edad, en lugar de establecer desventajas excluyentes o barreras burocráticas estigmatizantes. Por ello, desde un enfoque psico-constitucional-convencional, la solución que mejor satisface esos intereses es la que logre reflejar el amor filial de los progenitores hacia su hijo en la documentación que se le expide para su identificación en el momento de inscribir su nacimiento.

En tercer lugar requirieron también que se ordene el alta del niño como afiliado al grupo familiar perteneciente a M [REDACTED] quien es socia de la Propaga OMINT con numero de afiliada [REDACTED] lo que estimo favorable y así lo he de resolver ordenando la cobertura de su Obra Social en beneficio de su salud, tratamiento y su "interés superior" (arts. 3, 4, 24, 26 y 27 CDN). Al respecto es sabido que el derecho a



existen con anterioridad a la sociedad y al Estado, ya que corresponden a la persona humana por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo.

En tal sentido cabe señalar que la llamada pirámide jurídica, se ve significativamente modificada en lo relativo al orden de prelación de las diferentes normas, a partir de la reforma constitucional de 1994, que en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN) establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La protección de la vida y de la integridad psicofísica de la persona humana, desplazada de la órbita de los derechos individuales y en el marco de los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a partir justamente de la referida reforma del texto constitucional, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona (Galdós, Jorge Mario, La Ley, 2008).

El derecho a la salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional). Y, en tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. La Corte dejó en claro que el incumplimiento de la asistencia médica, por parte de los estados provinciales, las obras sociales o las prepagas, exige al Estado nacional de garantizar en forma incondicional el derecho a la salud de la persona. (Silvia Eugenia Fernandez, Tratados de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes-T I- pto V. El derecho a la vida, a la salud de los niños desde la perspectiva de la justicia" Abeledo Perrot)

Por último, he de mencionar sobre la Licencia por maternidad para el cuidado del hijo requerida. Según se desprende de la demanda M [REDACTED], se



desempeña en relación de dependencia como empleada de la casa del audio. Atento a la relevancia que reviste el cuidado del niño para su desarrollo integral, a la protección debida a las familias en todas sus formas como "elemento natural y fundamental" de la sociedad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/2003 estableció que "[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades", como parte del ius cogens, considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art.52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencia por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niños, ya que "la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas". (PEREZ, Agustina, "Gestación por sustitución y licencias por maternidad/paternidad. La agenda de cuidado a la luz de la jurisprudencia española y la perspectiva argentina")

Ahora bien, el art.177 de la LCT prohíbe a la madre trabajar y dispone la conservación del empleo durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo o bien de treinta (30) días, acumulándose el resto al de descanso posterior al parto. También establece, en su segundo párrafo, que ". La trabajadora conservará su empleo durante los periodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al periodo de licencia legal". Ello remite a la asignación por maternidad contemplada en el art 11 de la ley 24714. Así las cosas, corresponde resaltar que el otorgamiento de la licencia por maternidad sin dudas busca proteger la salud de la madre gestante, pero también tiene directa vinculación con la salud y el bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida.



En tal sentido, la licencia por maternidad y la consecuente asignación familiar se constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres. Por tal razón, es que a los fines de resolver, debe contemplarse, necesariamente, el interés superior del niño, que se encuentra garantizado en la "Convención sobre los Derechos del Niño", revistiendo jerarquía constitucional dicho convenio en los términos del art 75, inc.22, de la Constitución Nacional. Por lo tanto, la carencia de una licencia específica para el caso de gestación por sustitución colisiona con las normas relativas a la filiación previstas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y también con la protección de los derechos del niño por nacer, que les garantiza un cuidado integral en sus primeros meses de vida, que no puede dejarse de lado en las condiciones existentes en estos actuados.

La licencia por maternidad encuentra su fundamento en las razones arriba indicadas y una vez otorgada la trabajadora, gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de la seguridad social, garantizando a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y, asimismo, otorgar a la madre la posibilidad de atender con mayor dedicación a su hijo durante los primeros meses de vida, protegiendo la institución familiar. Esta "protección", conformada por las asignaciones prenatal, por maternidad y por hijo responde al mandato del art. 75, inc. 23, de la CN cuando establece que corresponde al Congreso "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

También atiende a lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. El objetivo del instituto es proteger a la mujer trabajadora frente a una contingencia tal como el embarazo y/o el posterior nacimiento de un hijo. Hay momentos trascendentes en la vida, en el que la



circunstancias especiales de índole familiar, como lo es el nacimiento de un hijo, no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no. Así las cosas, el objeto de la licencia es la eliminación de la obligación de prestar servicio en el tiempo inmediatamente anterior y posterior al nacimiento, a fin de que se pueda otorgar al niño los primeros cuidados necesarios, siendo importante entonces la atención de la familia y de la madre, como así también del hijo en forma particular. Para el caso de una situación que difiera de la presente en algún aspecto, pero no en todos, la Convención sobre los Derechos del niño, en su art. 21, establece que "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial."

Por lo que se ha entendido que para que la notificación prevista en el art. 177 de la LCT cumpla con las exigencias allí establecidas, no resulta indispensable que se acompañe certificado médico, sino que basta con que se haya avisado al empleador poniendo a su disposición las certificaciones respectivas, por cuanto ambos tipos de maternidades ("biológica" y "por adopción") tienen el mismo valor y merecen la misma atención por parte de la ley, por lo que no cabe otra opción que otorgar a la trabajadora la protección prevista. No existe impedimento en extender la aplicación de esa doctrina al caso de gestación por sustitución aquí tratado.

En virtud de ello, de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Fiscal, sin perjuicio del dictamen de la Sra. Asesora, consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias expuestas,

RESUELVO:

1º) Declarar la inconstitucionalidad, en el presente caso, del art. 502 del CCCN por los motivos expuestos en el presente.

2º) Emplazar al niño, dado a luz por C [REDACTED], como hijo de M [REDACTED] y de [REDACTED] (art.21 Código Civil y Comercial de la Nación)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



3º) Ordenar la inscripción inmediata del niño dado a luz por C [REDACTED] [REDACTED] como hijo de M [REDACTED] y de [REDACTED] (arts. 560, 561 CCCN).

4º) Ordenar la expedición del certificado de nacimiento correspondiente al niño dado a luz por C [REDACTED] con el nombre de F [REDACTED] hijo de M [REDACTED] y de [REDACTED] (art.559 Código Civil y Comercial de la Nación)

5º) Autorizar únicamente a M [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] a retirar del Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas "Norberto Quirno" (CEMIC), al niño dado a luz por la Sra. C [REDACTED] y se ordene el alta del niño como afiliado al grupo familiar perteneciente a M [REDACTED] quien es socia de la Prepaga OMINT con numero de afiliada [REDACTED]. A tal fin librese oficio.

6º) Ordenar conceder a M [REDACTED] [REDACTED] la licencia de maternidad correspondiente para el cuidado de su hijo F [REDACTED]. A tal fin librese oficio a la empleadora.

7) Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional. A esos efectos hágase saber a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando requiera el progenitor/a y/o el niño, cuando hubiera alcanzado la mayoría de edad y antes de ello, si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera.

8) Imponer las costas a los peticionantes (art. 71 del CPCC) Regular los honorarios, de la Dra. Mariana Inés Rodríguez Iturburu (Tº XXX Fº 155 CASI) el equivalente a 20 IUS y al Dr. Sebastian Ariel Caruso (Tº XV Fº 277 CAM) el equivalente a 20 IUS cantidad a la que se le adicionarán los aportes de ley (arts. 1. 9



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



ap. I inc. g), 10, 15, 16, 17, 22, 28, 54 y 57 ley 14.967). REGISTRESE.
NOTIFIQUESE electrónicamente por Secretaría

OFICIO DILIGENCIADO - ACOMPAÑA (241802835008193516) y
OFICIO - CONTESTA (241302835008204485): Agréguese, téngase presente.-

En igual fecha se notifica 20357219451@notificaciones.scba.gov.ar;
27228225539@notificaciones.scba.gov.ar; EBORTHIRY@MPBA.GOV.ARy
mtort@mpba.gov.ar ; minsalud-notificaciones.judiciales@msal.gba.gov.ar

Creado por: LUCCHINI MINUZZI, MARIA
LAURA el 23/06/2022 10:14:00

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 16/06/2022 12:59:53 - LUCCHINI MINUZZI Maria
Laura - JUEZ



235802835008194520

JUZGADO DE FAMILIA N° 9 - MORON

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 22/06/2022 10:05:28 hs.