

LA FALLOTECA DEL FUERO DE FAMILIA

Actualización

Juzgado: Juzgado Unipersonal de Familia N° 9 de Rosario

Título: Gestación por sustitución. Rechazo al planteo de declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del artículo 562 CCyC. Rechazo de la demanda. Aplicación del antecedente “S, I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación” de la CSJN.

Palabras clave: Filiación. Filiación por TRHA. Gestación por sustitución. Voluntad procreacional. Inaplicabilidad de la ley. Declaración de inconstitucionalidad: su rechazo.

Sumario:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo del 22 de octubre de 2024 (“S, I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”), ha sostenido que no existe vacío legal alguno en relación a la determinación de la filiación, y su consecuente inscripción registral, en los supuestos en que se recurre a las técnicas de reproducción humana asistida, lo que resulta incluso de la gestación por subrogación. La circunstancia de que no se haya regulado la gestación por sustitución de un modo diferenciado de otras técnicas de reproducción humana asistida y el hecho de que no esté expresamente prohibida como técnica (al menos desde un punto de vista punitivo) no importa la existencia de un vacío legal ni la obligación estatal de reconocer un vínculo filiatorio de un modo diferente al previsto en el art. 562 del Cód. Civ. y Com., pues no cabe apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este (del voto del juez Rosenkrantz).
2. Lo normado por el art. 562 del CCyC de ninguna manera impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley (art. 17, inc. 2, de la CADH) ni impone un concepto único de familia, sino que se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una técnica de reproducción humana asistida en virtud de los distintos intereses involucrados (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti).
3. Tampoco se obstaculiza el derecho a procrear y de acceder a los avances de la ciencia médica en materia de salud reproductiva alegado por los padres gestacionales. Al respecto, la Corte se expide para poner de resalto que la decisión personal de utilizar una TRHA que la ciencia pone a disposición no puede suponer que al no encontrarse prohibida, con la intervención del Poder Judicial, se reconozca un vínculo filiatorio de una forma contraria a la establecida por el legislador.
4. Debe estarse a la determinación del vínculo filiatorio establecida en el art. 562 del CCyC, la que tampoco importa una injerencia arbitraria en la vida privada, sino que se trata de una regulación legal de orden público, fundada en un criterio de oportunidad y conveniencia cuya irrazonabilidad en tal sentido no ha sido demostrada. (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti).
5. El Alto Tribunal entendió que no se encontraba demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por la legislación vigente (art. 630 y concs. del Cód. Civ. y Com.).
6. De igual manera, la Corte Suprema sostiene que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. no atenta contra la identidad del niño, puesto que en nuestro ordenamiento su identidad está determinada por el sistema legal de filiación que registra una realidad biológica —la gestación—, la cual el Congreso de la Nación consideró oportuna y conveniente al sancionar el Código, y no hay en consecuencia, incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad del niño (art. 8º, incs. 1 y 2, CDN; art. 11, ley 26.061), además de que no se ha demostrado que la situación filiatoria actual sea irreversible dados los mecanismos de adopción que la ley pone a disposición de las partes (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti).

Fallo:

N° 122

Rosario, 7 de marzo de 2025.

Y VISTOS: Los presentes caratulados: “**F., M.R.M. y OTROS S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**” CUIJ 21-xxxxxxx-x; de los que resulta:

Por escrito cargo N° 344/2025 del 05 de febrero de 2025 comparecen M.R.M.F., I.M.T. y V.C.B., con el patrocinio letrado de la Dra. N.P.P., y solicitan se disponga la registración de D.F. como hija de M.R.M.F. e I.M.T., sin emplazar como madre a V.C.B., quien si bien la dio a luz, entienden que no debe quedar emplazada como madre, atento a mediar una técnica de reproducción humana asistida en la que se ha manifestado la voluntad procreacional en el consentimiento informado debidamente protocolizado. Aclaran que la gestación por sustitución y/o maternidad subrogada y/o útero subrogado, es la única técnica de reproducción asistida que les permite ejercer su derecho a procrear y formar una familia.

Manifiestan que cabe considerar las características de una acción como la presente, siguiendo los lineamientos expuestos por el Dr. Jorge W. Peyrano en su obra Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni (1999).

Señalan que la presente acción se interpone ante la necesidad urgente de tutela jurisdiccional por parte de M. e I., quienes reclaman esta intervención a efectos que determine que D., nacida en fecha 03/02/2025 fruto de la gestación por subrogación, en este caso realizada por V. y que se lleva a cabo por medio de la técnica de fertilización asistida con ovodonación y esperma de I. sea inscrita como su hija; que a tal fin sostiene que se acredita el factor tiempo que adquiere superlativa importancia y que se debe contemplar ante la situación expuesta. Indican que en los presentes es de estricta aplicación el concepto de jurisdicción oportuna, que significa, no sólo dar a cada uno lo suyo sino hacerlo cuando corresponde, es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables, y de esa manera asegurar que la tutela judicial no sea una simple declamación y una búsqueda incansante por parte de los justiciables sino que se dé de una manera pronta, concreta y eficiente y por lo tanto se agota como en este tipo de acción, con el despacho de la misma.

Afirman los accionantes que se encuentran ante un reclamo urgente que no sólo está presidido de una existencia de probabilidad que es necesaria la intervención de este Tribunal, sino que surge de los presentes que hay certeza que lo requerido es jurídicamente atendible y requiere la plena satisfacción a los peticionantes ya que se encuentran amparados por derechos de raigambre internacional incorporados a nuestra Carta Magna (artículo 75 inciso 22). Agregan que nuestro Código Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, también conocida como maternidad por subrogación o por encargo, gestación subrogada, entre otros, y que sí lo hizo y lo contenía el “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, mensaje del Poder Ejecutivo Nacional n° 884/12, cuya comisión para la elaboración del proyecto de ley estaba formada por las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente). Explican que es la función judicial la que debe dar una respuesta activa a la falta de regulación y de esa manera dar respuesta a requerimientos como el presente. Dicen que, si bien no existe ley de fondo, ni ley procesal alguna que exija una presentación judicial para realizar dicha técnica de reproducción, se entiende que es una práctica compleja en la cual existen numerosos derechos involucrados, y, por tanto, en respeto y protección al interés superior del menor nacido de este tratamiento de fertilidad, es que los actores concurren a este tribunal y a la justicia competente como garante de la Constitución y de DDHH.

Asimismo, añaden que ante la inexistencia de normas específicas que regulen la gestación por sustitución y la gravísima inseguridad jurídica que ello provoca en los comitentes y que provoca en relación a la filiación de los menores, al encontrarse discutidas las normas de filiación aplicables, es que se solicita la determinación de derecho aplicable, a fin de eliminar esa falta de certeza.

Acto seguido, los demandantes relatan los hechos que hacen al caso concreto. Narran que M., V. e I. realizaron un proceso de fertilidad asistida mediante la técnica de gestación por sustitución como consecuencia de que M. no puede gestar producto de antecedentes de cáncer de mama que, si bien ya ha sido curado, la obliga a medicarse preventivamente y contraíndica la gestación. Que producto del mencionado tratamiento es que V. dio a luz a D.F. el 03/02/2025. Cuentan que la pareja constituida por M. e I. poseen infertilidad por haber padecido M. cáncer de mama, lo que no le permite llevar adelante la gestación, según se acredita con certificados médicos que acompaña. Que la gestación por sustitución es la única

alternativa reproductiva o técnica de reproducción para que los actores puedan tener hijos y formar una familia. Asimismo, aseguran que, en la actualidad, no existe legislación argentina vigente que regule puntualmente sobre gestación por sustitución. No está legislada dicha técnica de reproducción asistida en forma especial. Pero entienden que eso no significa que esté prohibida, y que el principio de reserva de la Constitución Nacional establece que todo lo que no está prohibido, está permitido. No existe una sola norma nacional, provincial ni municipal, ni ley, ni decreto, ni reglamento, que prohíba la utilización de la gestación por sustitución. Refieren que el único antecedente de importancia en el ámbito normativo se encuentra en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil del año 2012, el cual cita, y menciona que fue retirado del debate parlamentario, y no aprobado por el legislador, por lo que, en consecuencia, no se encuentra vigente. Se aprobó el nuevo código Civil y Comercial, pero sin dicho artículo. Sin embargo, comprenden que es una fuente trascendente de estudio, ya que fue realizado por un equipo doctrinario especializado en el tema, y aún con este antecedente normativo sin vigencia, las partes se han ajustado en el tratamiento reproductivo, a todos los requisitos establecidos en este anteproyecto, y en virtud de ello, se acreditarán todos los requisitos que establecía el fallido art 562 Anteproyecto CCyC para casos de gestación por sustitución.

Seguidamente, la presentante expone sobre procedencia de la medida solicitada. Bajo dicho título expresa que el mandato de la ley impone a las partes a recurrir ante la justicia, en tanto se verifica un panorama normativo incierto y una necesidad real en punto a resolver adecuadamente una cuestión absolutamente necesaria, tal como determinar la identidad de D., quien, biológicamente es indefectiblemente vástago de los padres intencionales, realidad biológica que ni siquiera en el caso de donación de gametos puede ser soslayada.

Reitera la actora que la presente acción se interpone ante la necesidad urgente de tutela jurisdiccional por parte de M.F. e I.T., quienes reclaman esta intervención a efectos que determine que D.F., nacida fruto de la gestación por subrogación, en este caso realizada por V.B. y que se lleva a cabo por medio de la técnica de ovodonación y espermatozoides de I.T., sea inscripta como su hija. Que corresponde aplicar el concepto de jurisdicción oportuna, como ya lo señalara. Insiste que se encuentran ante un reclamo urgente, presidido de una existencia de probabilidad que es necesaria la intervención judicial y que entiende que hay certeza que lo requerido es jurídicamente atendible, requiriendo la plena satisfacción a los peticionantes amparados por derechos de raigambre internacional incorporados a nuestra Carta Magna (artículo 75 inciso 22), Reiteran que ante la inexistencia de normas específicas que regulen la gestación por sustitución, es que requieren se decida el derecho aplicable, a fin de determinar esa falta de certeza.

Por otro lado, la actora sostiene que se está frente a una técnica de Reproducción Humana asistida, que en estas se exige la voluntad procreacional para ser padre o madre, pero que a la vez el art. 562 CCC impone iure et de iure la condición de madre a quien da a luz, todo lo cual entiende es contradictorio y atenta contra los derechos de todos los involucrados y especialmente contra los derechos del menor por nacer. Que, en consecuencia, la justicia debe determinar el derecho, jurisprudencia y doctrina aplicables en los presentes a fin de determinar con certeza la condición jurídica del menor, esto es, de quién es hijo, extremo absolutamente crucial para un menor, siendo que las decisiones a su respecto y hasta tanto alcance cierto grado de crecimiento y maduración, será de exclusiva órbita de los padres. Aclaran que este menor llega al mundo, no por voluntad de quien lo da a luz, sino por decisión de los padres gestantes.

Por ello, solicitan se declare que D. es hija de los padres gestacionales, quienes ostentan voluntad procreacional, desplazando cualquier presunción filiatoria en relación a quien da a luz al menor, en tanto esta persona carece de voluntad procreacional, en su caso, mediante declaración inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad del art. 562 del CCC. de conformidad con lo dispuesto por los artículos 558, 562 y concordantes del Código Civil y Comercial Argentino; legislación vigente sobre DDHH (Convención Americana de DDHH, Convención Internacional de Derechos del Niño), y Jurisprudencia argentina unánime en la materia. Refieren que la urgencia es requerida ya que los actores se sometieron a un tratamiento médico de reproducción asistida de gestación por sustitución. Alegan que es una medida urgente, atento a que la hija de los peticionantes nació el 03/02/2025 y según la ley 26.413, artículo 28: La inscripción

de los nacimientos con intervención de los progenitores deberá efectuarse dentro del plazo máximo de cuarenta (40) días corridos contados desde el día del nacimiento. vencido dicho plazo se inscribirá de oficio dentro del plazo máximo de veinte (20) días corridos. Explican que vencido dicho plazo se vulnerará la identidad de la menor nacida, como consecuencia que será inscrita como hija de V.B. e I.T. cuando surge de los consentimientos informados y su regulación como fuente de filiación que los padres son los comitentes y no la gestante. Indican que siendo tratamientos médicos, que efectivizan el ejercicio de derechos humanos, no pueden quedar librados al extenso tiempo que demora un proceso sumario u ordinario, y menos aún, cuando no hay contradictorio.

En orden a que exista verosimilitud del derecho alegado, manifiestan que en autos se ofrecen contundentes pruebas que acreditan el derecho alegado; al igual que también se acredita la verosimilitud del derecho alegado de acceder al tratamiento, mediante la fundamentación jurídica, doctrina especializada, jurisprudencia local y nacional, etc. que cita. En cuanto a la presentación de contracautela, solicitan se dispense a los actores de dicha exigencia, atento a la inexistencia de controversia entre los presentantes, sino que se trata de una pretensión común de los actores. De igual manera, en cuanto a la sustanciación mediante traslado o audiencia, consideran que el traslado no es necesario, atento a que no existe contraparte que pueda oponerse a la presente solicitud. Por lo que concluyen que el procedimiento de medida autosatisfactiva es el único proceso que se ajusta al caso de autos, ya que existe la necesidad de los presentantes de obtener una declaración de certeza, y por lo cual, los actores solicitan se admita la tramitación de la presente demanda.

Del mismo modo, la accionante reclama una acción declarativa de certeza en tanto sostiene que la normativa se erige como contradictoria y que los derechos y voluntades involucrados derivan en la necesidad de que se declare con certeza la filiación del menor. Argumentan que la acción declarativa es concebida como un proceso de naturaleza preventiva -no reparatoria- por medio del cual se busca resolver un caso concreto; que su finalidad consiste en precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto, pues la utilización de esta vía tiende a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Arguyen que dicha acción constituye una vía idónea en supuestos donde impera incertidumbre sobre la norma a aplicar en el caso concreto, tal como es el caso de autos.

Afirman que la jurisprudencia nacional ha dicho que la acción meramente declarativa se caracteriza por funcionar acorde a su naturaleza esencialmente preventiva, y deben darse en el caso los recaudos para su viabilidad. Ellos son que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen jurídico federal; que existe un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión (LL 1996-E,124). La actora considera que en el caso se cumplen todos los requisitos de procedencia, teniendo en cuenta que no posee un carácter simplemente consultivo, sino que los actores necesitan tener certeza sobre las normas aplicables, teniendo en cuenta que se aplicarán o no, respecto a la filiación de su hijo. Que tanto gestante como comitentes necesitan certeza ya que ambos han manifestado su voluntad procreacional. Asimismo, asegura que existe un caso concreto en el cual se encuentran los actores, y requieren la determinación de las normas que los rigen. Que existe un real estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de la relación o situación jurídica. Que no existen normas que la regulen expresamente, ni que la prohíban. Agregan que poseen un interés jurídico en la declaración de certeza, relativas a la filiación de su hija, ello porque los comitentes han expresado su voluntad procreacional mientras que la gestante no tiene voluntad procreacional.

Señalan que el objetivo de los presentes es prever la norma aplicable a los nacidos por gestación por sustitución. Darle seguridad a ese menor para que sea admitido por el Estado y por el ordenamiento jurídico como hijo de sus padres (los comitentes), sin aplicación de la regla general del art 562 del CCyCN, en cuanto

considera madre a quien da a luz. Y que no será asignada su filiación a la mujer gestante, que no posee voluntad procreacional. Todo ello de acuerdo a los consentimientos informados que se acompañan y partiendo del art 558 CCCyC que establece a la voluntad procreacional como fuente de filiación y que la misma se plasma en el consentimiento informado.

Sostienen que la actividad jurisdiccional debe garantizar el interés superior del niño, que tendrá derecho a vivir con su familia, y que será inscripto a nombre de sus padres y que así constará en el Registro Civil y garantizar que podrá acceder a una cobertura de salud al llegar al mes de vida. Concluye que no existe otro procedimiento o vía alternativa para determinar la certeza de la norma aplicable en el caso concreto, por lo que consideran que es procedente la acción declarativa de certeza en el caso planteado.

Cita los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial como orientación fundamental sobre el caso en cuestión, y obligaciones ineludibles respecto a los derechos involucrados. En relación al primero de los artículos, señalan que la norma obliga a resolver los casos conforme a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, y que ello impone la obligación del control de constitucionalidad permanente sobre el derecho civil y comercial y la importancia de la finalidad de la norma. Respecto del segundo artículo, mencionan que en consonancia con el artículo anterior, establece la interpretación de la ley teniendo en cuenta las disposiciones sobre Derechos Humanos, y los principios y valores jurídicos. Expresan que ambos artículos son de ineludible aplicación en el caso de autos, teniendo en cuenta el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece expresamente que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Indican que la protección de la familia es prioritaria para el sistema internacional de Derechos Humanos, y que el Estado tiene una obligación activa al respecto. Refieren que en autos los actores pretenden ejercer sus derechos reproductivos, derechos a la autodeterminación del propio cuerpo; derechos a la privacidad y a gozar de los avances de la ciencia y sus Derechos Humanos a formar una familia, y necesitan que el Estado los reconozca activamente y reconozca su identidad y su pluralidad en forma positiva. En cuanto al art. 3, los actores entienden que poseen el derecho a que el Juez que intervenga en la causa, resuelva sobre la misma, conforme los principios constitucionales y convencionales expresados, y reconozca su derecho a formar una familia.

En lo que respecta a los fundamentos de fondo que dan sustento a la procedencia de la acción, explican que, en la Argentina, conforme nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, existen tres fuentes de filiación, la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida, o por adopción (art. 558 Código Civil Y Comercial). Que, en la filiación por naturaleza, la filiación se determina por el parto y la identidad del nacido (art. 565 Código Civil Y Comercial), manteniendo el principio Mater Certa Est, que existía en el antiguo artículo 242 del Código Civil derogado, según el cual, la madre es quien dá a luz. Que, sin embargo, en la filiación por técnicas de reproducción asistida, el criterio para determinar la filiación tanto materna como paterna es la voluntad procreacional (art. 562 Código Civil y Comercial).

Exponen que la voluntad procreacional determina la filiación. Que, en el caso de autos, la voluntad procreacional de tener hijos y formar una familia pertenece a la pareja de M. e I., voluntad procreacional expresada en los consentimientos informados al igual que V. quien manifestó no tener voluntad procreacional también en el respectivo consentimiento informado. Sostienen que la determinación de filiación mediante voluntad procreacional es la única solución que respeta el derecho a la identidad del menor, y la solución establecida en el CCyC. Solicitan la no aplicabilidad, inconventionalidad o inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil en casos de gestación por sustitución. Que incluso el art. 562 del Código Civil y Comercial, ordena que la filiación en técnicas de reproducción debe asignarse conforme el criterio de voluntad procreacional. Que, sin embargo, expresa que la filiación corresponde a la mujer que dio a luz, y al hombre que otorgó su consentimiento informado. Dicen que esta regulación es aplicable cuando la misma mujer que está realizando el tratamiento gesta su propio bebé (como en la Fecundación in vitro) y lo da a luz. Pero hay acuerdo en la jurisprudencia que dicho art 562 no es aplicable en casos de gestación por sustitución, porque no reconoce la voluntad procreacional de la madre procreacional, de la madre comitente.

Manifiestan que la aplicación directa del art. 562 en casos de subrogación uterina no respeta el propio principio que el Código Civil y Comercial ha incorporado: la voluntad procreacional, y en Gestación por Sustitución quienes poseen voluntad procreacional, son los comitentes. Que, en el caso de autos, es justamente lo que sucede: conforme la disposición del art. 562 CCyC, debería inscribirse el menor como hijo de la mujer gestante, y de I., lo cual no reconoce la verdadera identidad del menor. Arguye que la solución correcta es declarar la inaplicabilidad del art. 562 CCyC en el caso concreto, por anticonvencionalidad o inconstitucionalidad, e inscribir a D. conforme su realidad, es decir, como hija de los comitentes. Que la falta de respeto a la identidad del menor, es una conculcación directa de su derecho a la identidad, una conculcación a sus derechos humanos, reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Por lo tanto, consideran inaplicable por inconstitucionalidad o anticonvencionalidad el art. 562 del CCyC, que establece que el menor es hijo de quien da a luz, en casos de gestación por sustitución, porque viola el derecho a la identidad del recién nacido y el propio principio de orden público de la filiación conforme voluntad procreacional que establece. Cita jurisprudencia que entiende su postura.

Agrega que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas normas aplicables a las circunstancias del caso que protegen con amplitud el derecho a la identidad que comprende la determinación de los vínculos jurídicos familiares del niño o niña. Además de establecer el deber del Estado de respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias arbitrarias (art. 8.1), la citada convención estipula que, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2.). También prevé que los niños deben ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7, inc. 1).

Menciona que el derecho a la identidad está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, ambas sustentadas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, –Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, párr. 91 y caso –Contreras y otros c. El Salvador, sentencia del 31 de agosto de 2011, párr. 113).

Añade que la Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, motivo por el cual los tribunales no solo deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, sino que también tienen como deber inexcusable garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 335 :1838; 344:2901 y 346:265).

A continuación, la actora conceptualiza la gestación por sustitución, señalando que es una práctica médica permitida. Menciona que la THRA (técnica de reproducción humana asistida) denominada gestación por sustitución es un procedimiento médico de reproducción humana indicado médicamente para personas o parejas que no pueden procrear por otros medios. Que consiste en la realización de una FIV (fecundación in vitro) con gametos de los comitentes, es decir de la pareja infértil, y la implantación del embrión en una mujer que brinda su capacidad de gestar, y gesta al bebé hasta el nacimiento. Mencionan que la Organización Mundial de la Salud determina que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida. Reitera que no existe legislación argentina vigente que regula puntualmente la gestación por sustitución, y que eso no significa que esté prohibida, sino que todo lo contrario, el principio de reserva de la Constitución Nacional establece que todo lo que no está prohibido, está permitido. Invoca doctrina que considera la licitud de la técnica, se muestran a favor de la misma, y expresan que la gestación por sustitución es una manifestación del derecho a procrear, del derecho a formar una familia. Que eso significa que es una manifestación de un derecho reproductivo, de un derecho humano. Y que la solución

que respeta el interés superior del niño y su inalienable derecho a la identidad, es reconocer la filiación de los padres volitivos del niño (con voluntad procreacional). Cita antecedentes judiciales.

Mencionan los derechos involucrados y eventualmente conculcados, a saber: el interés superior del niño y su derecho a la identidad; los derechos reproductivos y del derecho a formar una familia, el derecho a procrear y derecho a acceder a los avances de la ciencia médica en materia de salud reproductiva. En este sentido, entienden los actores que tienen el derecho de someterse a la gestación por sustitución, y que ninguna legislación o interpretación sesgada de la ley puede impedirselo, bajo pena de inconstitucionalidad y de anticonvencionalidad. Entienden que el rechazo infundado de la solicitud que realizan, produce un daño innecesario e ilegítimo, ya que se estaría impidiendo a los actores el ejercicio de sus derechos humanos a formar una familia, a procrear y a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, a la autodeterminación, al derecho a la intimidad y a la privacidad.

En relación al resguardo y respeta la identidad del menor, los actores se comprometen y obligan a informarle, como fue concebido y como fue gestado, en respeto al derecho a su identidad. Se obligan a otorgarle todos los datos necesarios para que conozca todos los eventos que rodearan su concepción, gestación y nacimiento. Los actores coinciden en que dicha solución resguardará su integridad física y emocional, y es su derecho inalienable el conocer sobre su origen y sobre el tratamiento de reproducción por el cual fue concebido y gestado. Y que D. tiene derecho a que se reconozca esa verdad en forma documental, y a que se emita una partida de nacimiento determinando su filiación con sus padres, y se la reconozca como hija de M. e I.

Por otro lado, la peticionante entiende que el principio constitucional de no discriminación y de igualdad ante la ley, exige que las parejas y personas que poseen infertilidad, puedan recurrir a la ciencia médica para lograr formar su familia. De lo contrario, habría una aberrante discriminación hacia ellos. Que, si una pareja heterosexual fértil desea tener un hijo, directamente lo tiene. Pero si una pareja infértil desea tener un hijo, no puede hacerlo sin recurrir a la gestación por sustitución.

Que es por ello que los presentantes consideran que les asiste razón a su solicitud. Indican que el principio de igualdad y no discriminación, también se encuentra reconocido expresamente en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo parte de nuestro ordenamiento jurídico por mandato de los art. 75, inc. 22 Constitución Nacional, y arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial argentino.

Expresan los actores que están de acuerdo en que el derecho filiatorio es de orden público en nuestro país, y no puede modificarse convencionalmente por voluntad de las partes. Sin embargo, sostienen que los derechos reproductivos de los comitentes a procrear y a acceder a los avances de la ciencia en materia de salud reproductiva, son derechos humanos. Y el derecho a la identidad del menor, el derecho a ser reconocido como hijo de sus padres, y el derecho a que el estado reconozca su origen y lo acepte, también son derechos humanos, y como toda normativa sobre Derechos Humanos, también es de orden público. Manifiestan que los derechos humanos tienen jerarquía constitucional derivados del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales (Convención de Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos), y que, por tanto, las normas sobre derechos humanos (Tratados Internacionales y Constitución Nacional) son jerárquicamente superiores al derecho civil argentino (es decir, al derecho filiatorio de fondo, vigente por ley nacional). Concluyen que, en caso de conflicto entre ambos ordenamientos, siempre deberá prevalecer la norma de Derechos Humanos, por jerarquía normativa; y en caso de conflicto entre el art. 562 Código Civil y Comercial (o cualquier otra normativa), y el Derecho a la Identidad del Menor, primará este último. Sostienen que el art. 562 Código Civil y Comercial es inaplicable al caso, y hasta inconstitucional en el caso concreto, por no respetar la voluntad procreacional de los actores, ni la identidad de D.. Entienden que, en casos de gestación por sustitución, la atribución de la filiación conforme la voluntad procreacional de los comitentes, respeta ambos ordenamientos, tanto el Código Civil y Comercial en lo concerniente a la voluntad procreacional, y respeta los Tratados de Derechos Humanos (Convención Internacional de Derechos del Niño, y Pacto de San José de Costa Rica)

En lo que atañe al cumplimiento de la ley 24.540, refieren que la gestación por sustitución es sólo un tratamiento de reproducción donde la verdadera identidad del menor será reconocida judicialmente y será plasmada documentalmente al emitirse la partida de nacimiento y su documento en donde conste que es hija de los comitentes Sres. M.F. e I.T. además al encontrarse protocolizados notarialmente los consentimientos informados, los que permanecerán resguardados en el archivo notarial.- Explican que al nacer D., el certificado de nacido vivo, fue completado por los profesionales, y lo realizaron a su nombre, como es debido, ya que así lo exige la ley de identificación del recién nacido n° 24540 (arts. 1, 2, 6 y siguientes), y el art. 33 de la ley 26.413, identificando al menor y a la parturienta mediante la presentación de su DNI. Que el certificado original queda en poder del Sanatorio Xxxxxxx, quien lo retiene y lo envía al Registro Civil con jurisdicción conforme el lugar de nacimiento, entregando sólo un troquel numerado a la parturienta (artículo 30 de la ley 26.413). El artículo 28 de la ley 26.413 de Registro Civil, otorga el plazo de 40 días corridos desde el nacimiento para inscribir al recién nacido en el Registro Civil. Ante ello, y siendo tan exiguo el plazo, solicitan los actores que la filiación del menor se encuentre determinada y que se simplifiquen y aceleren los trámites posteriores al nacimiento, a fin de cumplir con el plazo ordenado por la ley 26.413. Por último, la peticionante ofrece pruebas, invoca derecho fundante y efectúa reservas.

Se tiene por iniciada la acción que expresa y, previo a resolver, se ordena correr vista al Defensor General.

El Defensor General N° 3 mediante escrito cargo n° 1048/2025 contesta la vista corrida, y expresa: "... atento constancia de autos, es menester señalar que la gestación por subrogación es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), mediante la cual una mujer (gestante) lleva a término un embarazo en su vientre por encargo de otra persona o pareja. Es decir, es una especie del género de las técnicas humanas de reproducción asistida. La regulación legal de esta técnica presenta una diversidad notable en el derecho comparado. Así, mientras algunos países establecen marcos legales que permiten esta práctica, otros en cambio, la prohíben de manera explícita, y otros la someten a restricciones severas o limitan la prohibición a la subrogación comercial, regulando la altruista. Esta disparidad normativa refleja las diferentes posturas éticas, sociales y legales que existen en torno a esta compleja cuestión. En nuestro país, la determinación de la filiación -y su consiguiente inscripción registral- en los supuestos en que se recurre a los mecanismos de reproducción humana asistida (la gestación por subrogación es uno de ellos) ha sido regulada en los arts. 558 y 562 del C.C.C.N. Que la filiación por adopción plena, por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, surten los mismos efectos y, además, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. En efecto, el art. 562 del Cod. Civil establece que: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos". Que resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que todos los casos en que se utilicen técnicas de reproducción humana asistida, el hecho de "dar a luz" determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad procreacional. Entender, de modo distinto por la vía de la interpretación, que el título voluntad procreacional fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en los que la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, desconocería las pautas de interpretación normativa, pues importaría presumir la inconsecuencia del legislador. La circunstancia de que no se haya regulado la gestación por sustitución de un modo diferenciado de otras TRHA y el hecho de que no esté expresamente prohibida como técnica, no importa la existencia de un vacío legal, ni la obligación estatal de reconocer un vínculo filiatorio de un modo deferente al previsto en el art. 562 del C.C.C.N. Ello es así, pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así se olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella. Además, esta ley no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, como se pretende, porque las normas establecidas por el legislador que rigen el estado de familia son de orden público. Por ello, no es relevante a los fines filiatorios que exista un acuerdo de

gestación por sustitución, ni que la gestante haya manifestado su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño, en tanto las normas en materia de filiación se basan en razones de orden público para atribuir de una forma determinada y cierta el vínculo filiatorio. Por otra parte, corresponde examinar si la aplicación lisa y llana del art. 562 del C.C.C.N. se encuentra en pugna con la Constitución Nacional y convenciones y tratados de derechos humanos como sostienen los accionantes. Al respecto cabe recordar, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91; 331:1123 y 344:3458; entre otros), y que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse. Que la determinación del vínculo filiatorio en los términos del art. 562 del Código de fondo no importa una injerencia arbitraria en la vida privada, desde que, como se dijo, se trata de una regulación legal de orden público fundada en un criterio de oportunidad y conveniencia cuya irrazonabilidad en tal sentido no ha sido demostrada. Que, por otra parte, la disposición del art. 562 del C.C.C.N. no impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley (art. 17, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ni impone un concepto único de familia, sino que se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una TRHA en virtud de los distintos intereses involucrados. En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación contempla diferentes mecanismos para fundar una familia. Además de las TRHA, prevé la adopción en sus diversos tipos, entre ellos la adopción por integración, sin que se hubiese demostrado de modo fehaciente que, ante el interés estatal en regular la filiación en la forma determinada por la ley, tal mecanismo altere los derechos invocados por las partes. No es razonable invalidar una norma del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 2015 y que fue sancionado tras un amplio debate, cuando el mismo ordenamiento jurídico contiene normas que permiten resolver la cuestión planteada por la vía de la adopción. Asimismo, la disposición del art. 562 C.C.C.N no resulta discriminatoria de las personas en razón de la orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho de igualdad de los actores, ya que no se evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas. La aplicación de la norma cuestionada tendría las mismas consecuencias respecto de aquellas parejas heterosexuales o formada por mujeres o varones, en las que sus integrantes estuvieran biológicamente imposibilitados de gestar por algún motivo, como ser su avanzada edad o que resultan estériles. Tampoco viola la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Const. Nacional el hecho de que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de personas, ni encierra indebido favor o privilegio, personal o de grupo. Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de atender el interés superior del niño como una consideración primordial y de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. (art. 3). En este aspecto, no se ha demostrado con argumentos de suficiente entidad que, en el sub lite, el sistema legal elegido por el Congreso de la Nación, que regula las relaciones de familia con disposiciones sobre filiación y la adopción, sea irrazonable en el modo que atiende al interés superior del niño o que le cause un perjuicio que soslaye tal directiva. A su vez, respecto de las obligaciones parentales y con el cuidado del niño, no se encuentra acreditado en el caso concreto de qué forma la determinación legal de la filiación, en los términos del art. 562 del C.C.C.N., perjudica al menor de edad que vive con los actores, cuando ni siquiera se ha invocado la existencia de algún tipo de conflicto entre los sujetos involucrados. Que, por último, la norma cuestionada tampoco atenta contra la identidad del niño, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico su identidad está determinada por el sistema legal de filiación que registra una realidad biológica -la gestación-, la cual el Congreso de la Nación consideró oportuna y conveniente al sancionar el código civil y comercial. No hay, en consecuencia, incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad del niño (art. 8, inc. 1 y 2, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 11, Ley 26.061). En este sentido y en el plano jurisprudencial se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “S., I. N. c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación”; y por I.N.S. Y L.G.P. en la causa CIV 86767/2015/2/ RH2 “S.,I.N. Y otro c/ A., C.L. S/ impugnación de filiación”, Buenos Aires 22 de octubre de 2024. En virtud de ello, y

teniendo en cuenta que el principio de interés superior de los niños constituye un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de lo que resulta de mayor beneficio para ellos, entiende el suscripto que no corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva impetrada...”. En consecuencia, quedan los presentes en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: La presente acción versa sobre el pedido que formulan los presentantes para que se disponga la registración de D.F. como hija de M.R.M.F. e I.M.T., sin emplazar como madre a V.C.B., quien dio a luz a la niña pero carece de voluntad procreacional, atento mediar en autos una técnica de reproducción humana asistida en la que M. e I. han manifestado la voluntad procreacional en el consentimiento informado debidamente protocolizado, ello mediante la declaración de inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad del art. 562 del CCyC. Manifiestan los peticionantes que la gestación por sustitución y/o maternidad subrogada y/o útero subrogado, es la única técnica de reproducción asistida que les permite ejercer su derecho a procrear y formar una familia. Además, ante la inexistencia de normas específicas que regulen la gestación por sustitución y la gravísima inseguridad jurídica que ello provoca en los comitentes y en relación a la filiación, atento encontrarse discutidas las normas de filiación aplicable, solicitan se determine el derecho aplicable a fin de eliminar esa falta de certeza.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la gestación por subrogación es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) mediante la cual una mujer (gestante) lleva a término un embarazo en su vientre por encargo de otra persona o pareja (“S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”, 22/10/2024).

En el caso concreto se tiene que la pareja conformada por M.R.M.F. e I.M.T., y V.C.B., realizaron un proceso de fertilidad asistida mediante la técnica de gestación por sustitución, como consecuencia de que M. no puede gestar producto de antecedentes de cáncer de mama, por lo que V.B. llevó adelante la gestación de D., mediante la mencionada TRHA. Tal como surge de las constancias obrantes en autos, las partes firmaron un consentimiento informado conforme consta en la protocolización de los mismos en escritura N° xxx del 09 de septiembre del 2024, respecto de la técnica a realizar, sus derechos y obligaciones. En este sentido, cabe destacar que según doctrina uniforme, el consentimiento previo, informado y libre es de tal envergadura en el campo de la filiación derivada de las TRHA, en tanto exteriorización de la voluntad procreacional, que debe ser recabado por el centro de salud antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, siendo por tanto necesario la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre), de conformidad con los recaudos que señala el art. 560 CCyC. (conf. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado - Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso – Directores – Tomo II – Infojus -Sistema Argentino de Información Jurídica- pág. 285 y ss.). En lo que respecta al requisito de que el consentimiento sea previo al sometimiento a las TRHA, cabe señalar que, de la protocolización acompañada por los requirentes, no surge la fecha fehaciente en la cual dichos consentimientos fueron otorgados por las partes, no pudiendo por tanto establecerse si los mismos revisten los requisitos formales de validez que establece la norma, en tanto para la fecha de protocolización, el embarazo ya estaba en curso.

Sabido es que a nivel internacional no existe una regulación uniforme respecto de la gestación por sustitución. En lo que respecta a nuestro país, y como bien afirma la actora, si bien no existe ley de fondo ni ley procesal alguna que exija una presentación judicial para realizar dicha técnica de reproducción, la misma constituye una práctica compleja en la cual existen numerosos derechos e intereses involucrados. Aduce asimismo, que el hecho de no contar con una regulación especial, no significa que esté prohibida, sino que por el contrario, en virtud del principio de reserva de la Constitución Nacional, todo lo que no está prohibido, está permitido. Los peticionantes enfatizan el hecho que, para F., por haber padecido de cáncer de mama, cursar un embarazo está contraindicado por médicos conforme las constancias de autos. Por ende, aseguran que negarle su petición implicaría privarles a F. y T. de su derecho reproductivo o derecho de procrear que, según entienden, es un derecho humano inalienable.

En cuanto al marco normativo, en lo que es objeto de los presentes, cabe señalar que el derecho argentino reconoce tres fuentes de filiación. Así, el art. 558 del CCyC establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. También dispone que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida,

matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. Agrega, además, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Por su parte, el art. 562 del CCyC, dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Ingresando al estudio de los presentes, se tiene que lo pretendido por los presentantes se circunscribe a definir la situación filiatoria de D., en tanto persiguen que se declare que la recién nacida es hija de los padres gestacionales. En este sentido, no puede soslayarse que en relación al tema objeto de autos, el 22/10/2024 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha expedido al respecto dentro de los caratulados “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”. Por lo que, dicha sentencia constituye un precedente de obligatoria referencia en pos de la resolución de los presentes. El Alto Tribunal, ha reconocido la relevancia que ostenta el tema a resolver, al expresar: “la trascendencia de la materia en debate y la incertidumbre que generan los disímiles pronunciamientos que han sido dictados por los tribunales inferiores sobre el punto, justifican que esta Corte Suprema formule las consideraciones jurídicas que el caso amerita y resuelva la específica pretensión (coincidente) de las partes, no sin antes recordar que el Tribunal no debe sentirse limitado por los fundamentos de los tribunales ni las posiciones de las partes, correspondiéndole formular una declaración sobre el punto disputado según la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 331:735; 331:1369; 344:2690, entre muchos otros)”.

El fallo conceptualiza la gestación por subrogación y establece que, si bien dicha figura no ha recibido al momento una reglamentación expresa y diferenciada en el orden jurídico argentino, “la determinación de la filiación - y su consecuente inscripción registral- en los supuestos en que se recurre a los mecanismos de reproducción humana asistida (y la gestación por subrogación es uno de ellos), ha sido regulada en los arts. 558 y 562 del CCyC”. Expresa que el art. 558 norma que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, y el art. 562 dispone que el gestado por TRHA es hijo de “quien dio a luz” y también de “...quien ha prestado su consentimiento previo...”, delimitando de esta manera el derecho aplicable (CS, 22/10/2024, “S., I. N. c/ A., C. L. s/ Impugnación de filiación”). Cabe señalar que, en los presentes, al igual que en el mencionado fallo de la Corte Suprema, el problema que se suscita radica en que los presentantes, M. e I., quienes manifestaron su voluntad procreacional en su consentimiento informado, quieren figurar como progenitores, y que V., quien dio a luz a la criatura no desea aparecer registralmente como madre. Por lo que, ante tal circunstancia, la mencionada sentencia del Supremo Tribunal señala que lo pretendido contradice el orden jurídico vigente, en virtud de que “las cláusulas del CCyC precitadas al imponer un límite máximo de dos vínculos filiatorios, e invalidar la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz, frustran la petición de los accionantes. Se trata de normas de orden público, que no son disponibles por convenio de partes (art. 12 CCyC)”. El decisorio recuerda que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal; y que cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, por lo que debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007; 326:4909; 344:3006, entre otros). Enfatiza, además, que no son reglas hermenéuticas aceptables la de presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador, ni la de considerar superfluos los términos utilizados en la norma, ni la de distinguir donde la ley no distingue (Fallos: 338:1344; 343:140; 344:5, entre otros). En consecuencia, de un análisis integral de los argumentos expuestos por la Corte en el fallo dictado sobre impugnación de filiación, se tiene que lo pretendido por los actores en las presentes actuaciones, aparece contrario al ordenamiento jurídico vigente, en tanto las normas que rigen el estado de familia son de orden público, y por tanto indisponibles para las partes.

En consecuencia, precisa el fallo dictado por la Corte que resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que en todos los casos en que se utilicen técnica de reproducción humana asistida, el hecho de dar a luz determina el

vínculo filiatorio; y que la voluntad procreacional que lleva por título el art. 562 del CCyC se debe considerar a la luz del texto de la norma, pues resulta claro que para el legislador, el hecho de dar a luz determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad de la gestante, y la única interpretación que respeta el texto de la norma, tal como fue sancionada por el legislador, es que la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la técnica de reproducción humana asistida; y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de “dar a luz”. Por lo que, entender de modo distinto, que el título “voluntad procreacional” fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en los que la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, desconocería las pautas interpretativas antes mencionadas, pues importaría presumir la inconsecuencia del legislador.” (del voto del juez Rosenkrantz).

En virtud de lo reseñado, dicho fallo sostiene que no es relevante a los fines filiatorios, que exista un acuerdo de gestación por sustitución ni que la gestante haya manifestado su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño, en tanto las normas en materia de filiación se basan en razones de orden público para atribuir de una forma determinada y cierta el vínculo filiatorio (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti). Destaca, además, que es el legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación, ya que a través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial, y que las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia -como aquellas relativas a la filiación- son de orden público y por ende indisponibles para las partes (Fallos: 314:180 y 321:92). En este sentido, remarca que el art. 12 del CCyCN prevé que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público”.

Atento lo expuesto, y en virtud de los fundamentos expresados por el Máximo Tribunal, cabe sostener que no existe vacío legal alguno en relación a la determinación de la filiación, y su consecuente inscripción registral, en los supuestos en que se recurre a las TRHA, lo que resulta inclusivo de la gestación por subrogación. La circunstancia de que no se haya regulado la gestación por sustitución de un modo diferenciado de otras técnicas de reproducción humana asistida y el hecho de que no esté expresamente prohibida como técnica (al menos desde un punto de vista punitivo) no importa la existencia de un vacío legal ni la obligación estatal de reconocer un vínculo filiatorio de un modo diferente al previsto en el art. 562 del Cód. Civ. y Com., pues no cabe apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este (del voto del juez Rosenkrantz). Por lo mismo, tampoco resulta procedente lo requerido por los presentantes en orden a que se determine la ley aplicable, ya que como se dijo, no hay vacío legal. Además de ello, no puede soslayarse que lo peticionado es una facultad propia del legislador, como ser establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación, y no es función judicial dar respuesta ante falta de legislación, que como se dijo no es tal, para dar resolución a requerimientos como el presente. Cabe poner de resalto que el artículo del Anteproyecto del CCyC que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, fue específicamente retirado, por lo que la sentencia referida puntualiza que el Congreso, para suprimir esa norma, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea, evidenciando que existe un interés legítimo del Estado, a través del Poder Legislativo, de adoptar para todos los casos de utilización de TRHA, un sistema legal para la determinación del vínculo filiatorio que atribuye consecuencias jurídicas razonables a la voluntad de gestar y dar a luz, basándose esta elección en criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta por el legislador que, como principio, no están sujetos al control judicial. Siguiendo ese lineamiento, en el fallo referido, la Corte remarca que como sostuvo en otras oportunidades, “la obligación de dar respuesta jurisdiccional razonablemente fundada a las partes no puede llevar al juez a sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos. Es el Congreso de la Nación -y no los jueces- quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre el tema, si es que decide hacerlo, pues se trata de una tarea ajena al Poder Judicial, conforme a inveterada doctrina de esta Corte (arg. Fallos: 300:700; 306:1597; 312:888; 316:2561; 316:2695; 320:1962; 321:1614; 322:752; 324:1740; 325 :3229; 329:5567; 338:386; 340:644; 341:1924; 344:2175, entre otros).”

De la lectura de la Sentencia dictada por la Corte, se advierte que no se cuestiona las THRA ni la elección de recurrir a la gestación por subrogación como medio para procrear, lo que responde a una decisión privada y personal de quienes se someten a dichas prácticas, sino que aclara que la decisión personal de utilizar una técnica de reproducción humana asistida que la ciencia pone a disposición no puede suponer que, al no estar expresamente prohibida, se reconozca con intervención del Poder Judicial un vínculo filiatorio de una forma contraria a la que expresamente estableció el legislador al ponderar los distintos intereses que dicha técnica pone en tensión. Admitir una interpretación diferente, fundada en la autonomía personal, tendría por consecuencia destruir el orden público que rige esta materia, al hacer disponible para las partes una atribución que le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación, sin haberse demostrado que haya sido ejercida de modo irrazonable (del voto del juez Rosenkrantz). Este razonamiento, contrarresta lo argumentado por los actores en orden a que lo que no esté regulado específicamente, está permitido. Además de ello, y en atención al principio de reserva al que refieren los presentantes, debe recordarse que dicho principio establecido por el art. 19 CN, no es un principio absoluto y se encuentra limitado por el orden público, la moral pública y los derechos de terceros. Y como ya se manifestara, las normas que regulan el estado de familia, son de orden público, operando por tanto como un límite insalvable frente a dicho principio. Por lo que, en función del análisis realizado, no quedan dudas que la determinación del vínculo filiatorio de D., está dado por lo normado en los art. 558 y 562 del CCyC.

Las partes, solicitan se declare la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad del art. 562 CCyC, para lo cual invoca que dicha norma eventualmente conculcaría derechos con reconocimiento constitucional y convencional, conforme legislación vigente sobre DDHH. En primer lugar, es preciso remarcar que en su fallo la Corte expresa que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella, en tanto la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico.

Así las cosas, cuando la accionante alega que el principio constitucional de no discriminación exige que las personas que poseen infertilidad puedan recurrir a la ciencia médica para lograr formar una familia, y que lo contrario implicaría discriminación hacia ellos, sobre este punto la Corte entiende que la disposición cuestionada no afecta dicho principio ya que "... no evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas. La garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias. Por lo tanto, no viola el art. 16 de la Constitución Nacional el hecho de que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 340:1581 y 344:3132, entre otros)." En consecuencia, aclara que "lo dicho se evidencia en la medida en que la aplicación de la norma cuestionada tendría las mismas consecuencias respecto de aquellas parejas heterosexuales o formadas por mujeres o varones, en las que sus integrantes estuvieran imposibilitados de gestar por algún motivo, como podría ocurrir por alguna causal biológica o psicosomática, por la conformación anatómica de sus integrantes o por su avanzada edad." Es decir, el Máximo Tribunal precisa que "conforme a la legislación vigente rigen consecuencias filiatorias-registrales igualitarias para todas las hipótesis en las que se recurra a la técnica de subrogación de vientres", por lo tanto, resulta evidente que dicha norma no es discriminatoria.

Lo normado por el art. 562 del CCyC de ninguna manera impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley (art. 17, inc. 2, de la CADH) ni impone un concepto único de familia, sino que se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una técnica de reproducción humana asistida en virtud de los distintos intereses involucrados (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti). Tampoco se obstaculiza el derecho a procrear y de acceder a los avances de la ciencia médica en materia de salud reproductiva alegado por los padres gestacionales. Al respecto, la Corte se expide para poner de resalto que la decisión personal de utilizar una TRHA que la ciencia pone a disposición no puede suponer que al no encontrarse prohibida, con la

intervención del Poder Judicial, se reconozca un vínculo filiatorio de una forma contraria a la establecida por el legislador. Al respecto, debe estarse a la determinación del vínculo filiatorio establecida en el art. 562 del CCyC, la que tampoco importa una injerencia arbitraria en la vida privada, sino que se trata de una regulación legal de orden público, fundada en un criterio de oportunidad y conveniencia cuya irrazonabilidad en tal sentido no ha sido demostrada. (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti). Además de ello, el Alto Tribunal entendió que no se encontraba demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carecen de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por la legislación vigente (art. 630 y conccs. del Cód. Civ. y Com.). Dicho argumento, debe replicarse en los presentes autos, en tanto las pretensiones filiatorias de las partes pueden ser atendidas mediante nuestro ordenamiento legal, por ejemplo, a través de la adopción por integración.

De igual manera, la Corte Suprema sostiene en su sentencia que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. no atenta contra la identidad del niño, puesto que en nuestro ordenamiento su identidad está determinada por el sistema legal de filiación que registra una realidad biológica —la gestación—, la cual el Congreso de la Nación consideró oportuna y conveniente al sancionar el Código, y no hay en consecuencia, incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad del niño (art. 8º, incs. 1 y 2, CDN; art. 11, ley 26.061), además de que no se ha demostrado que la situación filiatoria actual sea irreversible dados los mecanismos de adopción que la ley pone a disposición de las partes (del voto de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti). Se ha señalado además, que en los casos de gestación por sustitución existe un bien a tutelar es el interés superior del niño, el que no siempre se garantiza con la enorme variedad de acuerdos, siendo muchos de ellos puramente comerciales; y hace notar que también hay una cuestión de género que se debe atender, y se trata de la vulnerabilidad social de las mujeres gestantes, que, cuando están en condiciones de pobreza extrema, podrían ser víctimas de una comercialización que las afectaría gravemente (del voto del juez Lorenzetti). Aspectos estos que deben ser cuidadosamente evaluados y analizados en cada caso, pero que en los presentes deviene abstracto atento haber ocurrido ya el nacimiento de la bebé producto de la gestación por subrogación, en tanto no se solicitó oportunamente autorización judicial para realizar la práctica, tal los casos jurisprudenciales que la actora invoca en su demanda, no contando además en autos con información que permita efectuar dicha ponderación. En el fallo se recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados parte de atender al interés superior del niño como “una consideración primordial”, y de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (art. 3º). A la luz de dicho principio rector, la Corte sostuvo que tampoco se ha demostrado con argumentos de suficiente entidad que el sistema legal elegido por el Congreso de la Nación, que regula las relaciones de familia con disposiciones sobre la filiación y la adopción, sea irrazonable o cause un perjuicio grave e irreparable al niño. Agrega que tampoco se observa en relación con las obligaciones parentales y con el cuidado del niño, de qué forma la determinación legal de la filiación, en los términos del art. 562 del código de fondo, perjudica al menor de edad.

Por lo tanto, y en virtud de no encontrarse afectado o invalidado derecho alguno, tal como surge del análisis de los distintos supuestos invocados por los presentantes, y en tanto le son plenamente aplicables al presente caso los fundamentos esgrimidos por la CSJN en autos “S., I. N. c/ A., C. L. s/impugnación de filiación”, cabe concluir al igual que lo hiciera el Supremo Tribunal, que no es razonable invalidar una norma del Cód. Civ. y Com. vigente desde 2015 -art. 562- y que fue sancionado tras un amplio debate, cuando el mismo ordenamiento jurídico contiene normas que permiten resolver la cuestión planteada por la vía de la adopción, sin que se haya demostrado que ello afecte algún derecho reconocido en la Constitución. Por lo tanto, no resulta procedente la petición de que se declare la inconstitucionalidad, inoponibilidad o inaplicabilidad del art. 562 del CCyC al presente caso.

En consecuencia, el caso bajo examen, a la luz de los argumentos vertidos en el mencionado fallo de la CSJN, debe ser resuelto conforme la normativa vigente en el CCyC, en tanto sostiene que resulta indiscutible que -desde la perspectiva filiatoria y por tratarse de un nacimiento derivado del uso de una técnica de reproducción humana asistida- el art. 562 del CCyC es aplicable al caso, por lo que no puede

invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional.

Atento lo expuesto y desarrollado, cabe remarcar que no resulta posible soslayar la doctrina de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sistema argentino o el principio del *stare decisis*-, que manda a seguir lo ya decidido, salvo que se invoquen nuevas y fundadas razones a las consideradas por el Máximo Tribunal, que demuestren el error del precedente y la inconveniencia de mantener su aplicación en el caso concreto. Que en los presentes no se advierte circunstancia alguna que permita apartarse de lo decidido por la CSJN en el caso S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación, dictado el 22 de octubre de 2024. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, y en un todo conforme con lo dictaminado por el Defensor General, se rechazará la demanda interpuesta.

Por último, y en virtud del modo en que se decidirá, resulta innecesario el ingresar al estudio de los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de los consentimientos informados otorgados por las partes. No obstante ello, y en función de los datos consignados en la protocolización de los mismos, y los vertidos en el certificado de nacido vivo de D., se dará intervención al Ministerio Público de la Acusación a los fines que pudiera corresponder.

En virtud de lo expuesto, el dictamen del Defensor General N° 3 (art. 103 inc. a CCyC), y normativa citada, **RESUELVO**: 1) Rechazar la demanda interpuesta por las razones expuestas en los considerandos. 2) Dar intervención al Ministerio Público de la Acusación a los fines que pudieran corresponder. Insértese y hágase saber. **Milca Mileva Bojanich (Jueza), Agustina Sueiras Munuce (Secretaria).**