



**Poder Judicial**

Rosario, de noviembre de 2021.

Nro.

**Y VISTOS:** Los presentes caratulados “**LLLL Y ZZZ y WWW s. Venias y Dispensas**”, Expte. Nro. CUIJ , de los que resulta;

1. Que por escrito cargo Nro. 19550/2021 (fs. 01/19). la Sra. LLL y el Sr. ZZZ, en su calidad de padres intencionales, y la Sra. WWW como gestante, comparecen y solicitan se les otorgue autorización judicial para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución. Asimismo, y para el caso en que se hiciera lugar a su petición, requieren se ordene inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al niño o la niña que fuera concebido como hijo o hija de los nombrados en primer término.

En su su demanda la Sra. L efectúa un detenido detalle acerca de como se enteró que padecía del “Síndrome de Rokitansky” o carencia de útero. Explica en detalle como fueron sus primeros años tras enterarse de su situación, en particular en lo concerniente a su anhelo de ser madre, deseo que parecía de imposible cumplimiento. Sin embargo, a posteriori enterada sobre la existencia de la técnica de subrogación de vientre sus expectativas resurgieron, en concreto luego de que su madre le propusiera ser gestante.

Tras ello, la Sra. W cuenta brevemente acerca del desarrollo de su grupo familiar y de cómo se vivió en el mismo el padecimiento de su hija L. Explica lo ilusionada que se encuentra al poder ayudarla a cumplir su sueño, a lo que agrega el marco de armonía y alegría familiar que se vive al ser esta una chance real y concreta.

Se lee en la demanda que tanto L como Z se practicaron diversos estudios, los que determinan que se encuentran aptos física y psicológicamente para llevar adelante el tratamiento de gestación por sustitución.

Refieren luego al acuerdo que signaron con la Sra. W, el que junto a

otra documental acompañan con la demanda.

Explican que debe entenderse actualmente como familia, el parentesco, la maternidad y la paternidad, así como la gestación por sustitución.

Se exponen acerca del principio de legalidad, invocan lo normado en la Ley 26.682, con detalle respecto a que la voluntad procreacional como fuente de filiación y postulan la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 562 del CCyC en tanto dispone "...Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien da a luz...", en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino de la mujer que da luz.

Manifiestan que optan por la vía de la venia judicial en seguimiento de jurisprudencia local afín, ello sin perjuicio de que se estime pertinente homologar el convenio acompañado y ya referido.

Tras ofrecer pruebas, concluyen su demanda fundando su derecho, con transcripción y cita de jurisprudencia en su respaldo.

2. En fecha 19.08.2021 se emite decreto por el que se cita a las partes a los fines de celebrar audiencia de conocimiento; la misma es llevada a cabo el 17.09.2021, compareciendo cada una de aquellas con su respectivo profesional (fs. 40).

Dada intervención a la Defensoría General correspondiente, consta en escrito cargo Nro. 31829/2021 el dictamen de la Sra. Defensora General Nro. 5 a fs. 45/46, con lo que los autos se encuentran en estado de resolver.

**Y CONSIDERANDO:**

1. Tal como surge de los vistos de este decisorio, y tras una atenta lectura integral de autos, la problemática a resolver en los presentes gira en torno a determinar si efectivamente le asiste derecho a los peticionantes para proceder a efectuar el tratamiento de transferencia de embriones a través de gestación por



**Poder Judicial**

sustitución, y en su caso, ordenar que el niño, o la niña, que fuera concebido mediante este acto, sea inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas como hijo o hija, de la Sra. L y del Sr. Z.

Con dicho objeto, los peticionantes fundan su demanda en el principio de legalidad previsto en el artículo 19 de la CN, en su clara voluntad procreacional, ésta como fuente de la filiación (cfme. Art. 558 CCyC), en distintas normas supraconstitucionales que enuncian, jurisprudencia emitida por la CIDH y las Leyes N°26.682, 26.529, y 23.592.

Asimismo, tachan de inconstitucionalidad del Art. 562 del CCyC en cuanto en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino de la mujer que da luz, lo que mediante una aplicación aislada y literal, sin la adecuada armonización con varios derechos de raigambre constitucional, puede constituir una discriminación hacia la mujer que por carecer de capacidad gestacional, mas no genética, sea vedada de su maternidad a pesar de existir vínculo biológico, y conformar su proyecto de familia.

**2.** Determinadas las cuestiones a reXver, es menester previamente dejar sentado que quien suscribe no se encuentra obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso<sup>1</sup>.

En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para reXver el mismo<sup>2</sup>.

**3.** Tal como se lee en los vistos del presente decisorio, L y Z son una pareja sólida y conformada que se presenta y brinda datos acerca de su historia de vida, con especial detalle en su interés de ser progenitores.

---

<sup>1</sup> CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.

<sup>2</sup> CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 1414:61.

Sabedora L de su problemática, en concreto la que consiste en carecer de útero, especial énfasis pone al relatar sobre la posibilidad de que su propia madre se convierta en portadora o madre gestante.

De esta manera indican que signaron junto a la Sra. W un acuerdo de gestación por sustitución que adjuntan en autos "...meramente como prueba de la voluntad de las partes, conjuntamente con los consentimientos informados, de su cabal comprensión sobre las consecuencias médico legales del procedimiento y de los compromisos y deberes que cada uno de ellos asumirá a lo largo del procedimiento una vez que sea autorizada la práctica"..

La prueba acumulada en autos corrobora los antecedentes relatados por las partes.

Así, en cuanto al estado de salud de LLL junto al escrito cargo 22159/2021, consta copia de informe de ecografía ginecológica transvaginal signada por la Dra... , mientras que se ve certificado de buena salud firmado por la Dra. .... en relación a la Sra. WW (fs. 34/37).

A fs. 27/29 se ve formulario de consentimiento informado para fecundación in vitro con útero subrogado, signado por la Sra. WWW como gestante subrogada; mientras que a fs. 30/32 lo está el firmado por la Sra. LLL y ZZZ, en su calidad de padres intencionales.

Habiéndose requerido a las partes que acompañen el acuerdo de gestación por sustitución (decreto de fecha 08.11.2021, a fs. 48), su copia es adjuntada con escrito cargo Nro. 34541/2021, a fs. 49/54).

Consta allí que ellas, bajo condición de confidencialidad, signaron el mismo en fecha 06.06.2021, asumiendo la Sra. W la calidad de mujer gestante mientras que la Sra. L y el Sr. Z el carácter de progenitores o padres procreacionales. Al mismo tiempo afirman haber sido debidamente asesorados para indicar como objeto del mismo el acordar sobre los derechos que le asisten a



## **Poder Judicial**

cada uno de ellos al momento de acudir a la “técnica de gestación por sustitución”, en un todo acorde el plexo normativo vigente en la República Argentina.

En lo esencial, se ve que brindan su consentimiento informado, que los comitentes cuentan con incapacidad de concebir o de llevar un embarazo a término y que al menos uno de ellos aportarán sus gametos; por el contrario la mujer gestante no lo aportará siendo esta la primera vez que se somete a un proceso de esta naturaleza; consta a su vez que la persona por nacer será hija o hijo de los padres intencionales.

Remarcan que no hubo ni habrá ninguna clase de remuneración.

Asimismo, de entre las cuantiosas cláusulas se destacan las siguientes: a) Que las partes reconocen haberse sometido a estudios físicos y psicológicos bajo la supervisión de profesionales indicados a tales fines de donde surge su aptitud para realizar el tratamiento en cuestión; b) La asunción de una serie de obligaciones a cargo de la gestante, quien deberá seguir todas y cada una de las indicaciones médicas allí pautadas; por su parte los padres intencionales asumen íntegramente todo costo médico que genere el período gestacional, siempre y cuando estos no sean cubiertos por la entidad de cobertura médica de la gestante; c) Elegir el nombre del nacido es derecho de los padres intencionales; d) Las partes acuerdan que en caso de riesgo para la gestante, se procederá al aborto del feto si no existe otro método que pudiera evitarlo; e) Pactan también como causas de extinción del acuerdo su cumplimiento, el aborto o muerte del feto, y la imposibilidad sobreviniente de la gestante en proseguir con el procedimiento de inseminación artificial o la gestación; y f) Los padres intencionales se comprometen a informar al niño durante su desarrollo y crecimiento, tomando en cuenta su grado de madurez, que el mismo fue concebido por Gestación por sustitución.

De trascendencia resulta remarcar que en el desarrollo de la

audiencia que el suscripto mantuvo con las partes, se advirtió el claro conocimiento del cuadro de situación fáctico y legal que estas mostraron del marco jurídico al que se enfrentan, esto al igual que a los desafíos relacionados a futuro, vinculados al mismo tiempo con su historia de vida.

Es que no puede pasarse por alto lo valioso y altruista que resulta el noble gesto de la Sra. W, la que sabedora del claro deseo de su hija en convertirse en madre, no ha dudado en asumir el rol de madre gestacional, situación otrora de imposible materialización y hoy en día cada vez mas habitual gracias a los notorios avances médicos y científicos, cuadro de situación éste que interpela a los diversos operadores del sistema jurídico para que, al ser requeridos en el caso particular y cada uno de ellos en su ámbito de injerencia, se muestre a la altura de las circunstancias.

**4.** Enunciados los antecedentes de la causa, es menester ahora indagar acerca de qué se trata la figura conocida como “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, o “madre sustituta” entre otras denominaciones, la que se asocia estrechamente a las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (THRA).

En este orden de ideas, es importante recordar que el CCyC, en su artículo 558, dispone “Fuentes de la filiación Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

En nota al artículo, Herrera explica que una de las principales incorporaciones del Código se refiere a las técnicas de reproducción humana



## Poder Judicial

asistida (TRHA) como tercera fuente de la filiación, la que genera los mismos efectos que la filiación por naturaleza como la adopción en forma plena<sup>3</sup>.

Son ciertamente numerosos los precedentes jurisprudenciales emitidos en causas cuyo objeto es de similares características al de los presentes<sup>4</sup>, siendo de utilidad acudir a las consideraciones que los Dres. Kiper y Fajre efectúan al analizar la materia en uno de ellos.

Afirman los Sres. Vocales citados “El nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, ha incorporado una tercera fuente de la filiación. Además de la filiación por naturaleza y de la filiación por adopción, el actual art. 558 contempla la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Por imperio de dicha

3 HERRERA, Marisa, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo II, comentario artículo 558 CCyC, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 274

4 Juzgado de Familia de Gualeguay “B., M. A. c. F. C., C. R. - ordinario” del 19 de noviembre de 2013; Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 “N. N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento” del 18 de junio de 2013; Tribunal de Familia de Rosario N° 7 “F. M. L. y otra s/ autorización judicial del 2 de diciembre de 2014; Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad” del 18 de mayo de 2015; Juzgado Nacional en lo Civil N° 83 “N. N. O. s/ inscripción de nacimiento” del 30 de junio de 2015; Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza “O. A. V. p/ medida autosatisfactiva” del 29 de julio de 2015; Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza “C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento” del 15 de diciembre de 2015; Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche Expte. N° 10.178 14 del 29 de diciembre de 2015; Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias” del 30 de diciembre de 2015; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario “S. G. G. y otros s/ Filiación” del “S. G. G. y otros s/ filiación”; Juzgado Nacional en lo Civil N° 7; Juzgado Nacional en lo Civil N° 7 del 23 de mayo de 2016; Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 “S. T., A y otro s/ inscripción de nacimiento” del “S. T., A y otro s/ Inscripción de nacimiento”; Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar” del 4 de julio de 2016; Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 “B., B. M. y otro c. G., Y. A. s/ impugnación de filiación del 20 de septiembre de 2016; Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín “M., I. M. y otro s/ autorización judicial” del 22 de agosto de 2016; Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora “G. M., C y otro c. W. B., A. V s/ rectificación de partida” del 3 de octubre de 2016; Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar (277)” del 30 de noviembre de 2016; Juzgado Civil de Primera Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 81. “Santalla, Ignacio N. y otro c. Aguilar Cintia L. s/ impugnación de filiación” del marzo de 2017; Juzgado de Familia N° 5, Viedma “Reservado s/ autorización judicial del 7 de Julio de 2017; Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza “M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfactivas” del 6 de setiembre de 2017; Juzgado Nacional en lo Civil N° 4 “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” (sentencia no firme) del 20 de octubre de 2017; Juzgado de Familia de 2ª Nominación “Córdoba R., L. S. y otros - Xicita homologación” (Expte. N.º 3447358) del 22 de noviembre de 2017; Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario “H., M.E. y otros s/ venias y dispensas” del 5 de diciembre de 2017;) Juzgado de Familia N° 4 de Mendoza “G Y S, S B D y M W A p/ Medida autosatisfactiva” N° 3614-16 del 22 de diciembre de 2017; Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza, “M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas, 15 de febrero de 2018; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la 2da. Nominación, Villa María, “R., R. y a. s. Autorizaciones” 08 de junio de 2018; Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil Nro. 87, “O. F., G. A. y otro s/ Autorización” 03 de abril de 2019; Juzgado de Familia de 5ta. Nominación de Córdoba, “V. A. B. y otros s/ Xicita homologación”, 25 de abril de 2019; Juzgado de Familia 6º Nominación de Córdoba, “F., C. y Otro, 13 de agosto de 2019; y este Tribunal Colegiado de Familia N°4, causa “S., M. G. y P., H, D, y S., S. V. s.Venia Judicial”, 07.02.2020.

normativa, la filiación por TRHA se encuentra en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción, con el límite de dos vínculos filiales. Estas TRHA, han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos (extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma) conducen a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Se trata de técnicas que permiten la procreación de un ser humano sin necesidad de la previa unión sexual entre un hombre y una mujer (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, LA LEY, 08/08/2011, p. 1; Delia Iñigo, Ilea Levy, Adriana Wagmaister, “Reproducción humana asistida”, Enciclopedia de derecho de familia, TIII, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994 p. 551, entre otros). Según se sostiene, a partir de su utilización se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales, en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales —casadas o no— y dentro del marco de la llamada fecundación homóloga; también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como la maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contenido de las técnicas de reproducción humana asistida”, Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, marzo, 2101, p. 6). El eje central en que se asienta la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es la llamada voluntad procreacional, que se evidencia en la intención de





**Poder Judicial**

ser padres, con total independencia del aporte del material genético.<sup>5</sup>(el subrayado pertenece a quien suscribe la presente).

Al avanzar en el análisis de la figura a la que pretenden acudir los peticionantes, surge que en doctrina se la identifica como “..el compromiso, acuerdo, convenio gratuito u oneroso, entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes nacer”<sup>6</sup>.

Sigue diciendo la misma autora “En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (traditionalsurrogacy), y la gestacional o parcial (gestationalsurrogacy). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima. El recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se

5 CNCiv.Apel., sala H, causa “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, del 15 de marzo de 2018.

6 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, “La doctrina del tribunal europeo en materia de maternidad subrogada: análisis de un fallo ejemplar”, cita online: elDial DC2308, publicado el 28.04.2017

compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer”.

5. Sentado que las THRA son fuente de filiación, y a su vez explicado que se entiende por maternidad subrogada o gestación por sustitución, es turno ahora analizar lo normado en el artículo 562 del CCyC, el que establece “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”.

En la nota a este artículo, Herrera escribe “La voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA. Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así que el art. 562 CCyC deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustanciales entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA. Esta normativa es básica porque permite determinar el vínculo filial con toda persona que preste el debido consentimiento con los requisitos que prevé el CCyC, sin importar el estado civil de la persona que se somete a las TRHA”<sup>7</sup>.

Es necesario ahora analizar la tacha de inconstitucionalidad e inconvencionalidad que formulan los actores con respecto al artículo en cuestión.

---

7 HERRERA, Marisa; en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo II, comentario artículo 562 CCyC, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 283/284.



## **Poder Judicial**

Previo a proceder a tal faena, es conveniente efectuar un repaso de los criterios y requisitos que tiene sentados nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la temática.

La atribución y deber que tienen los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo<sup>8</sup>.

Así, la declaración de inconstitucionalidad de una ley se presenta como un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad.

Entonces, sólo ha de acudir a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable<sup>9</sup>. Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como en el respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros Poderes<sup>10</sup>.

En adición, debe memorarse que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por los jueces, tiene efectos exclusivamente para el

---

8 Fallos 33:162, 194.

9 Fallos 285:322.

10 Fallos 242:73; 285:369; 300:241, 1087.

caso concreto sometido a juzgamiento<sup>11</sup>.

En precedente cuyos fundamentos este magistrado comparte, el máximo Tribunal nacional ha delineado los presupuestos de procedencia de la declaración de inconstitucionalidad.

En aquella oportunidad se refirió que “el ejercicio de tal facultad en orden a la misión de mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19). La declaración de inconstitucionalidad es -según conocida doctrina de este tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una Xución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas). En segundo término, debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de reXver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27 (doctrina de Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4°).

---

11 Fallos 183:76; 247:700; 253:253.



## Poder Judicial

De estos recaudos habrá de derivar necesariamente el carácter incidental de este tipo de declaración de inconstitucionalidad (...); de allí que sólo será necesaria para remover un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión (causa A.529.XXII. "Asociación Bancaria c. Provincia del Chubut", sentencia del 15 de junio de 1989) o, en su caso, defensa. Y, finalmente, deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico (Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315: 276; 322:528 entre muchísimos otros)" (C.S.J.N., 27.09.2001, in re "MILL de PEREYRA, Rita A. y Otros c. Provincia de Corrientes", en LL 2001-F, págs. 891 y ss.).

En este contexto normativo y jurisprudencial, se ve conveniente en primer lugar determinar si efectivamente la gestación por sustitución, en los términos que fue conceptualizada, se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, para en caso afirmativo, resolver si el artículo 562 del mismo cuerpo legal supera el test de constitucionalidad y convencionalidad.

Por las razones que se pasan a dar, la respuesta negativa se impone en torno a la primer cuestión.

Es que si bien en el Anteproyecto de Ley se regulaba expresamente la figura en cuestión, previendo un proceso judicial con reglas propias que culminaría con una decisión judicial de autorización<sup>12</sup>, la discusión parlamentaria

<sup>12</sup> Eran sus requisitos: a) capacidad de la mujer; b) consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; e) la gestante no ha aportado material genético propio; f) la gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. Los médicos no podrían proceder a la implantación del

cercenó dicha posibilidad al pasar por el Senado de la Nación en el año 2012, con acento puntual durante el debate en el dictamen de la Comisión Bicameral, en que la maternidad por sustitución "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritan un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma"<sup>13</sup>.

Ante este cuadro de situación, en doctrina se llega a ver a una verdadera laguna jurídica "...la gestación por sustitución sigue acarreado polémicas en nuestro país... (pues)... en el derecho argentino inexplicablemente la cuestión aun no fue zanjada. Y deambula en los tribunales el por ahora invisible y mudo instituto para la ley, bajo las sórdidas sombras de la confusión. En los bordes mismos de la legalidad"<sup>14</sup>.

De esta forma, cómo se puede corroborar con la importante cantidad de fallos citados, el legislador optó por una solución que obligó, y obliga, a que los ciudadanos tuvieran, y tengan, que acudir inexorablemente a los estrados judiciales en pos de respuestas a sus situaciones concretas, actitud legislativa contraria por cierto a las voces de numerosos expertos en la materia, los que avalan la recepción legislativa de la figura, siendo de destacar la labor de Lamm<sup>15</sup>,

embrión en la gestante sin la autorización judicial. Sin ella, la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza.

13 (cfme. Doctrina, entre otros DITIERI, Marina - CORTESE, Gilda Beatriz – GONZÁLEZ DEMARÍA, Yanina Graciela; "Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación postmortem Los efectos de su omisión", cita online:<https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5248/4274>; GONZÁLEZ, Andrea – MELÓN, Pablo – NOTRICA, Federico "La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada", SAIJ: DACF150426. Fallos en este sentido, CNCiv., Sala H, argumentos y análisis de la Dra. Abreut en su voto en disidencia en: "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento", del 15/03/2018, y CNCiv., Sala E, voto del Dr. Dupuis en "S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación", del 30/10/2018).

14 JÁUREGUI, Rodolfo G.; "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial", AR/DOC. 2296/2016).

15 LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución" InDret, Revista para el [www.indret.com](http://www.indret.com). Análisis del derecho, Barcelona, julio de 2012, disponible en [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909\\_es.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1578&pdf=909_es.pdf), cit. De la misma autora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", Suplemento especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, JA, 2012-II, p. 68; de la misma autora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. Importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", RDF 50,



**Poder Judicial**

entre otros.

Por consiguiente, y atento la evidente falta de previsión legislativa, es de aplicación obligada el principio de reserva o de legalidad fijado en el artículo 19 de la CN, con lo que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido, no siendo necesario entonces invalidar la norma tal como lo proponen los actores.

Amén de ello, y en respuesta al panorama legal, la situación fue objeto de debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca llevadas a cabo en el año 2015. Allí la Comisión de Familia concluyó por unanimidad que esta no era una situación de anomia para los jueces, los que deben reXver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 del CCyC), y que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

6. A fin de dar acabada respuesta jurisdiccional al planteo de autos (cfme. Arts. 1, 2 y 3 del CCyC), se pasará a efectuar un análisis e interpretación armónicos de todo nuestro ordenamiento, Constitución Nacional, Tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía, ley 26.862 y decreto reglamentario N° 956/2013.

En el ámbito interno, la Ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1), las que define en su artículo segundo como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas la técnica de baja y alta

---

2011, p. 107; y Comentario al art. 562 del CcyC en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída-HERRERA, Marisa- LLOVERAS, Nora, Tratado de derecho de familia, t. II, Rubinzal- Culzoni, Santa fe, 2014, p. 524 y ss. Ver también el trabajo de BERGER, Sabrina, "La difícil tarea de la determinación de la maternidad en las modernas técnicas reproductivas", DFyP año 3, n.º 10, noviembre de 2011, La Ley, ps. 38 y ss.

complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos o técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

En cuanto a los beneficiarios previstos en la misma, el artículo 7 dice “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 ley 26.529).

Tan importante como la norma misma, resulta su decreto reglamentario, el que lleva el número 956/2013.

Allí se dispone “Que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Que la ley N° 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más





## **Poder Judicial**

democrática y más justa”.

La ley apuntada es por cierto valiosa, ya que muestra una clara recepción de distintos principios y pautas ordenados en el conocido como “Bloque constitucional”

En primer término porque el derecho a la vida privada y familiar encuentra amparo en lo normado en los artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, formando parte de este derecho el vedar toda invasión o agresión abusiva o arbitrarias, fuera de terceros o de la autoridad pública.

Íntimamente vinculado a este derecho se encuentra el de fundar una familia, derecho que se encuentra tutelado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17, cuando dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, reconociendo asimismo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, con especial referencia a evitar todo tipo de discriminación (cfme. artículo 24 del mismo cuerpo legal). En similares términos se encuentra redactado en artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo VI de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, y el artículo 15 del Protocolo de San Salvador.

Estrechamente asociados a los derechos ya enunciados, es el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral, pautado en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no siendo sobreabundante anclar la cuestión con el derecho a la libertad y a la seguridad personales, artículo 7.1 allí fijado.

La autonomía reproductiva es otro derecho en juego en autos, siendo que cuenta también con claro respaldo supraconstitucional. Sobre este tópico, la

Dra. Alicia Galletto como Jueza de trámite de este Tribunal Colegiado de Familia que integra quien suscribe, y en causa ya citada en este decisorio sostiene que este derecho (que se encuentra expresamente reconocido en la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer art. 10, 11 y 16), conlleva el de decidir libre y responsablemente el número de los hijos y el intervalo de los nacimientos y tener acceso a la información, a la educación y a los medios que le permitan ejercer estos derechos. Los derechos reproductivos abarcan derechos humanos reconocidos tanto en leyes nacionales -Ley 25.673, 26.862- como en instrumentos internacionales de derechos humanos y se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y de disponer de la información y de los medios para ellos y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; abarcando el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para satisfacer ese derecho (art. 15 P.I.D.E.S.C). Consagrar un derecho y no asegurar los recursos para garantizar el efectivo disfrute del mismo, equivale a la no existencia del derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 ha dicho que el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en que momento, y tiene derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección<sup>16</sup>.

Que tal como señalara la Corte Interamericana de Derechos

---

16 Tribunal Colegiado de Familia N°4, Rosario, causa



## **Poder Judicial**

Humanos en “Artavia Murillo vs Costa Rica”<sup>17</sup>, la salud debe entenderse como estado completo de bienestar, mental y social, y no Xo ausencia de afecciones o enfermedades. Dentro del concepto de salud, se encuentra incluida la salud reproductiva, definida ésta como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de afecciones o enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; abarcando la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; de procrear y la libertad de decir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Asimismo incluye el derecho de la mujer y el hombre a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad y acceso a medios eficaces, asequibles y aceptables, derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y den las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

7. En resumidas cuentas, en la presente causa se ve demostrado que ante la imposibilidad de L de portar un embarazo, y en consecuencia emprender junto a Z el tan deseado plan de desarrollo familiar, es su misma madre la que no duda en ponerle el cuerpo a la situación.

De esta manera, L y Z como progenitores intencionales, así como W en su calidad de gestante, de manera libre, previa e informada signan el convenio que adjuntan, tendente te a la generación de un vínculo afectivo y legal para con una criatura nacida mediante el procedimiento de gestación por sustitución, asumiendo todos y cada uno de los deberes y derechos derivados del régimen, con su expreso compromiso de informar, cuando la edad y grado de madurez de su descendiente lo aconseje, acerca de su origen gestacional.

Tal como se explicara en distintos segmentos de este decisorio, W

---

<sup>17</sup> CIDH, causa “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica” 28.11.2012 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

juega un rol fundamental en este devenir, ya que al brindar su expreso acuerdo en calidad de mujer gestante, colabora de manera vital para en la realización de un derecho humano fundamental que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio<sup>18</sup>,

En base a la probanza rendida, y derivado del cuadro normativo y jurisprudencial reseñados, con clara atención a los requisitos fijados en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, se estima ajustado a derecho hacer lugar al pedido de autorización para la realización de transferencia de embriones a través de gestación por sustitución, formulado por la Sra. LLLy ZZZ en su calidad de padres intencionales, mientras que la Sra. W lo hace como gestante.

A su vez, como lógica consecuencia de lo expuesto en el párrafo precedente, es que de producirse el nacimiento del niño, o la niña, que fuera concebido mediante este sistema, deba ser inscripto/a por ante el Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas como hijo o hija de los nombrados en primer término.

Con dichos fines, una vez que se produzca el nacimiento, deberá ser acompañado en autos el Certificado de nacido vivo realizado por la autoridad médica respectiva, en el que constarán también los datos de la madre gestante, para proceder entonces a remitir el oficio en cuestión al Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas, ordenando su inscripción como hijo o hija de los padres intencionales.

Por lo expuesto, de conformidad a los argumentos expuestos y normas citadas, **RESUELVO: I)** Autorizar a LLL, titular DNI Nro. y ZZZ, titular DNI ambos como progenitores intencionales, y a WWW, titular DNI Nro. como gestante, a realizar la técnica médica de reproducción asistida de gestación por sustitución, mediante la transferencia de embriones tal como consta en esta

---

<sup>18</sup> (Cfme. Gil Domínguez, Andrés; La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, 2014, p.41).



**Poder Judicial**

resolución y en los términos del art. 560 del CCyC. **II)** Ordenar que el niño/niña que naciere de esa práctica sea inscripto por ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda como hijo o hija de LLL, **titular DNI Nro.** y a ZZZ, **titular DNI. Nro.** **III)** Determinar que el niño/niña que naciere de esa práctica no tendrá vínculo jurídico con la señora WWW. **IV)** Imponer a los progenitores, en caso de producirse el nacimiento, la obligación de informarle al niño/niña sobre su origen gestacional cuando adquiera la edad y grado de madurez suficientes. **V)** Insértese, déjese copia en autos y hágase saber.

I

**Dra. MARÍA JOSÉ CAVIGLIA**  
**SECRETARIA**

**GUSTAVO ADOLFO ANTELO**  
**JUEZ**