

## Gestación por sustitución y voluntad procreacional

S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación.<sup>1</sup>

22 de octubre de 2024

### Antecedentes

Los actores iniciaron una **demanda de impugnación de filiación para que se expida una nueva partida de nacimiento** en la que ellos figuren como padres de un niño, desplazando a la demandada de su estado de madre, condición con la que fuera inscripta. Expusieron que **el niño nació en virtud de la técnica de gestación por sustitución y que la accionada – que se allanó – actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.**

La **cámara desestimó esta demanda.** Los actores y la demandada interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron denegados y motivaron las correspondientes quejas.

### Sentencia

La Corte, por mayoría, **desestimó la demanda de impugnación de filiación para que se expida una nueva partida de nacimiento en la que los actores figuren como padres del niño nacido mediante la técnica de gestación por sustitución,** desplazando a la demandada de su estado de madre.

Señaló que **no existe un vacío legal ya que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta aplicable al caso** en tanto establece que los nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre.

Agregó que se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la norma en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.

Sostuvo el Tribunal que la determinación del vínculo filiatorio en los términos del artículo mencionado no importa una injerencia arbitraria en la vida privada, desde que se trata de una regulación legal de orden público fundada en un criterio de oportunidad y conveniencia cuya razonabilidad no ha sido suficientemente cuestionada.

Resaltó asimismo que la disposición impugnada no resulta discriminatoria de las personas en razón de la orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho

---

<sup>1</sup> CIV 86767/2015/1/RH1 y otro

de igualdad de los actores, ya que no evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas.

Finalmente, y teniendo en cuenta la trascendencia de los intereses y derechos que se encuentran comprometidos alrededor de la técnica de gestación subrogada, sumado a la litigiosidad que se ha suscitado en la materia, la Corte consideró necesario poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación su pronunciamiento, a los fines que estime corresponder dentro del marco de las funciones que le incumben.

Los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti efectuaron los votos concurrentes, que conformaron la mayoría y el juez Maqueda votó en disidencia. A continuación se mencionan los argumentos de cada voto.

#### **Voto del juez Rosatti:**

- ✓ La regulación de la técnica de la gestación por subrogación presenta una diversidad notable a nivel mundial.
- ✓ La pretensión de los recurrentes contradice el orden jurídico vigente. El CCyC impone un límite máximo de dos vínculos filiatorios (art. 558) e invalida la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por técnicas de reproducción humana asistida ("TRHA") a quien lo dio a luz (art. 562).
- ✓ Las **normas citadas son de orden público y no son disponibles por acuerdo de partes.**
- ✓ El art. 562 CCyC es aplicable al caso, por lo que **no puede invocarse que exista un vacío normativo** habilitante del principio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional.
- ✓ El **art. 562 CCyC no resulta discriminatorio de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual.**
- ✓ **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.**
- ✓ **Un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.**
- ✓ Las partes **no han demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico**, tal como podría ser la adopción de integración.

#### **Voto del juez Rosenkrantz:**

- ✓ La regulación de esta técnica presenta una diversidad notable a nivel mundial. Esta disparidad normativa refleja diferentes posturas éticas, sociales y legales.
- ✓ **Es el legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación.**
- ✓ Las **normas que rigen el estado de familia** -como aquellas relativas a la filiación- **son de orden público y por ende indisponibles para las partes.**
- ✓ Por imperio del art. 558 CCyC, la filiación por adopción plena, por naturaleza y por TRHA surten los mismos efectos y, además, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales.

- ✓ Resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que **en todos los casos en que se utilicen TRHA, el hecho de "dar a luz" determina el vínculo filiatorio.**
- ✓ Entender 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 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 (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 código de fondo.**
- ✓ 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. máxime cuando el Congreso, para suprimir la norma del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea.
- ✓ **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.**
- ✓ **El art. 562 del CCyC:**
  - **no importa una injerencia arbitraria en la vida privada;**
  - **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;
  - se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una TRHA.
  - **no resulta discriminatoria de las personas en razón de la orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual;**
  - no es irrazonable en el modo en que atiende al interés superior del niño como una consideración primordial;
  - no atenta contra la identidad del niño
- ✓ Teniendo en cuenta tanto la trascendencia de los intereses que compromete la técnica de gestación subrogada, como la litigiosidad que se ha suscitado en la materia, se considera conveniente poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación el pronunciamiento.

#### **Voto del juez Lorenzetti:**

- ✓ La filiación por adopción plena, por naturaleza y por TRHA surten los mismos efectos y, además, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales.
- ✓ **No cabe afirmar que hay un vacío legal** porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho.
- ✓ El caso debe ser resuelto por **aplicación del art. 562 CCyC** que establece que **los nacidos por estas técnicas son hijos, en este caso, de la mujer gestante.** Esta ley **no puede ser dejada de lado** por la voluntad de las partes, **porque** las normas establecidas por el legislador que rigen el estado de familia **son de orden público.**
- ✓ **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.**

- ✓ El texto del art. 562 es claro en cuanto a que **la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la TRHA**, y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de “dar a luz”.
- ✓ La misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador en el limitado marco cognoscitivo de un conflicto individual, ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquél en ejercicio de sus propias facultades.
- ✓ **El art. 562 del CCyC:**
  - **no importa una injerencia arbitraria en la vida privada;**
  - **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;
  - **no resulta discriminatoria de las personas en razón de la orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual;**
  - no atenta contra la identidad del niño
- ✓ No se ha demostrado que el sistema legal elegido sea irrazonable o cause un perjuicio grave e irreparable al niño.
- ✓ La posibilidad de habilitar la gestación por sustitución por medio de una interpretación jurisprudencial, sólo tendría validez en un caso, pero su extensión analógica a otros en igual situación, puede abrir una serie de problemas que sólo el Honorable Congreso de la Nación puede regular, y ha decidido no hacerlo.
- ✓ Hay una cuestión de género que hay que atender: 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.**
- ✓ Teniendo en cuenta la trascendencia de los intereses y derechos que se encuentran comprometidos alrededor de la técnica de gestación subrogada, sumado a la litigiosidad que se ha suscitado en la materia, se considera necesario poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación el pronunciamiento.

#### **Disidencia del juez Maqueda:**

- ✓ El ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la gestación por sustitución..
- ✓ En el marco legal dispuesto por el CCyC, la gestación por sustitución puede ser fuente de filiación pues constituye una técnica de reproducción humana asistida.
- ✓ La gestación por subrogación, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción.
- ✓ La elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado.
- ✓ La ausencia de regulación y la realidad de los hechos de la gestación por subrogación en el caso, demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía.
- ✓ El eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional.

- ✓ La inscripción registral del niño como hijo de ambos demandantes es la solución que otorga mayor certidumbre respecto de cómo mejor se satisface su interés superior.
- ✓ Corresponde registrar los vínculos filiales del niño que se corresponden con la realidad socioafectiva estable en la que se encuentra inmerso desde hace casi una década.
- ✓ Lo contrario implicaría forzar a la demandada a asumir la maternidad pese a que participó del proceso de gestación –permitido por ley- bajo la condición de no ser madre.
- ✓ En los términos expresados, y en uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, corresponde hacer lugar a la demanda.
- ✓ La solución dada al caso no subsana la falta de regulación específica que el Congreso de la Nación debería atender cuanto antes sea posible. Por ello se considera necesario exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de regular la práctica referida.

## Votos

ROSATTI (VOTO PROPIO), ROSENKRANTZ (VOTO PROPIO), LORENZETTI (VOTO PROPIO) -  
MAQUEDA (DISIDENCIA PROPIA)

---