



CIV 86767/2015/1/RH1 y otro
S., I. N. c/ A., C. L. s/
impugnación de filiación.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de octubre de 2024

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por C.L.A. 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'", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que L. G. P. e I. N. S. iniciaron demanda de impugnación de filiación contra C. L. A. para que se expida una nueva partida de nacimiento en la que ellos figuren como padres del niño J.P.S., desplazándola de su estado de madre, condición con la que fuera inscripta.

Expusieron que el niño nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Fundaron su solicitud en los arts. 560, subsiguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), la Constitución Nacional (arts. 14, 19, 20, 75, inc. 22), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3°, 7°, 11 y sgtes.), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 7°, 8°, inc. 1°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19).

La accionada C. L. A. (gestante) se allanó a la demanda incoada.

2°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

Dos de los jueces, luego de cuestionar aspectos formales del acuerdo de gestación y de señalar que en el caso no se corroboraba la alegada larga amistad que unía a los

actores con la demandada, ni el ofrecimiento altruista que ella hizo de ayudarlos a ser padres, sostuvieron que el art. 562 del CCyC era claro en cuanto a 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, en los términos de los arts. 560 y 561 del citado corpus.

Afirmaron que siendo la citada norma de orden público, resultaba difícil apartarse de tan claro texto legal sin declarar su inconstitucionalidad, que en el caso no había sido planteada. Destacaron que no podía sostenerse que se presentaba una hipótesis de laguna legal o que el legislador, al haber omitido tratarla, implícitamente la había autorizado en virtud del principio conforme al cual todo lo que no está prohibido está permitido, y tampoco podía afirmarse que el tema debía quedar sujeto a la discrecionalidad judicial, en una materia tan sensible como lo era la filiación regulada por el código referido.

Enfatizaron que era el legislador quien atribuía la maternidad por el parto, con prescindencia del nexo genético que tuviera la madre con el niño y la ausencia de vocación maternal. Consideraron que, ante ello, no existía vacío legal que justificara la resolución del caso en función del art. 19 de la Constitución Nacional.

El otro magistrado sentenciante sostuvo que no había en nuestro ordenamiento civil una norma expresa que prohibiera la gestación por subrogación. Refirió que la interpretación del criterio rector de las TRHA y del art. 9° de la ley 26.994 permitía sostener que no existía obstáculo legal para que dos hombres fueran considerados como progenitores de un niño cuando habían expresado su voluntad procreacional previa, libre e



Corte Suprema de Justicia de la Nación

informada. No obstante, destacó que en el caso no se había acreditado la existencia de los tres consentimientos médicos informados en los términos exigidos por la normativa específica que regula las TRHA ni, consecuentemente, la voluntad procreacional previa al nacimiento del niño. Por tal motivo, juzgó que la acción intentada era improcedente.

3°) Que contra ese pronunciamiento los actores y la demandada interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron denegados. Esta decisión motivó las quejas en examen.

Los actores cuestionan la valoración que hizo la cámara de las condiciones en que la gestante prestó su consentimiento. Por otro lado, alegan que la interpretación y aplicación al caso del art. 562 del CCyC es irrazonable, puesto que la norma no regula la gestación por subrogación ni prohíbe dicha práctica y que la inteligencia otorgada resulta violatoria de derechos garantizados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales: entre otros, el derecho a la autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, y a la identidad.

Aducen que en función del principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional), la gestación por subrogación está permitida por no encontrarse prohibida de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

Manifiestan que el reconocimiento de esa técnica de reproducción a los fines de determinar la filiación se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional, y es consecuencia del debido respeto al derecho de toda persona a formar una familia conforme a sus elecciones

individuales y con independencia de su orientación sexual, pues constituye la única opción que tiene una pareja homosexual masculina de tener un hijo genéticamente propio.

Mencionan que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), incluye dentro de estas técnicas "el útero subrogado" y que el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los derechos reproductivos integran los derechos humanos. Sobre esa base, sostienen que la prohibición absoluta de acceder a las TRHA viola derechos consagrados en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Destacan que la sentencia no hace prevalecer el interés superior del niño ni le otorga una protección especial y prioritaria a su identidad ni a sus relaciones de familia; y, finalmente, sostienen que no cabe exigir, para la procedencia de la demanda, el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC, por cuanto dicha norma regula una situación distinta a la del presente caso.

El recurso extraordinario de la demandada reproduce los agravios de la parte actora.

4°) Que, habiendo tomado la correspondiente intervención la señora Defensora General de la Nación y el señor Procurador Fiscal se expidieron de forma concordante con los recurrentes y propiciaron que se revocara la sentencia.

Por su parte, la Defensora General planteó, en subsidio, la inconstitucionalidad del mencionado art. 562 del CCyC.

5°) Que más allá de que los planteos relacionados con la cuestión federal están expuestos por los recurrentes en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

términos genéricos, lo cierto es que la decisión de la cámara ha sido contraria al derecho en que estos fundan su pretensión, lo que habilita la instancia de excepción (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por lo demás, 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).

6°) 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.

La regulación de esta técnica presenta una diversidad notable a nivel mundial. Mientras que algunos estados han establecido marcos legales que permiten esta práctica (como Ucrania, Armenia, Kazajistán, Albania, Georgia, Israel, California, Colorado, Florida y Nueva York en Estados Unidos de América, Tabasco en México), otros la prohíben de manera explícita (Italia, España, Alemania, Suiza, Suecia, Arizona y Michigan en Estados Unidos de América, Querétaro, Coahuila, San Luis de Potosí en México), incluso, en algunos supuestos, se la considera delito penal (Italia y Michigan). Finalmente, otros países la someten a restricciones severas o limitan la prohibición a la subrogación comercial, regulando la

altruista (Canadá, Portugal, Grecia, Reino Unido, Uruguay, Brasil e India). Esta disparidad normativa refleja las diferentes posturas éticas, sociales y legales que existen en torno a esta compleja cuestión, generando un panorama jurídico heterogéneo en el derecho comparado.

7°) Que, si bien la técnica de gestación por subrogación no ha recibido al presente 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, ubicados en el Título V, "Filiación", del Libro Segundo sobre "Relaciones de Familia" del corpus civil.

El art. 558 estipula que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, y el art. 562 que el gestado por TRHA es hijo de "quien dio a luz" y también de "...quien ha prestado su consentimiento previo...". La problemática que se suscita en el presente caso radica en que los dos recurrentes hombres que prestaron su consentimiento quieren figurar como progenitores, y que quien dio a luz a la criatura no desea figurar registralmente como madre.

8°) Que la pretensión de los recurrentes contradice el orden jurídico vigente.

En efecto, 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).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Cabe recordar en esta instancia, 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. Así, 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, 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). De modo concordante, se ha enfatizado 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).

9°) Que, asimismo, la disposición impugnada no resulta discriminatoria de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho de igualdad de los actores, 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).

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. Dicho de un modo más concreto: 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.

10) Que, tal como sostuvo esta Corte 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).

Si bien es cierto que en nuestro país, en temas trascendentes de familia y más allá de que se coincida o discrepe con lo oportunamente resuelto, primero estuvo el fallo y luego la ley, tal como ocurrió con la causa "Sejean" (Fallos: 308:2268) y la posterior ley 23.515, y la causa "F.A.L."



Corte Suprema de Justicia de la Nación

(Fallos: 335:197) y la posterior ley 27.610, este trayecto no puede convertirse en regla, so pena de trastocar el principio de división de poderes previsto por el constituyente argentino al consagrar la forma republicana de gobierno (art. 1° y cc. de nuestra Carta Magna).

11) Que, establecidas las bases argumentativas que permiten resolver el caso en examen, conforme a la normativa vigente, no escapa a la consideración de este Tribunal que la problemática traída a su estrado concita un interés social relevante, puesto de manifiesto en el proceso de elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo proyecto originario contemplaba la técnica de gestación por subrogación de vientres.

12) Que el contraste entre lo que dice el derecho de modo elocuente y lo que, en el presente caso, plantean los recurrentes de modo coincidente (pues están de acuerdo tanto los pretensos progenitores como quien dio a luz), remite a indagar sobre lo que debería entenderse por "voluntad procreacional", que es el rótulo que precede al actual texto dispositivo del art. 562 del CCyC.

En efecto, cabría preguntarse si la "voluntad procreacional" que da título y contexto a la cláusula remite: i) a los pretensos progenitores, ii) a la gestante, o iii) a todos ellos.

En el primer caso (i), no habría correspondencia plena entre la "voluntad procreacional" y "la filiación", puesto que -a tenor de lo prescripto por el art. 558 del CCyC- uno de los pretensos progenitores no podría figurar como tal, quedando excluido de la registración.

En el segundo caso (ii), si tal voluntad expresara el deseo de una mujer de prestar el vientre solo para permitir una gestación, agotándose su cometido de "dar a luz", la registración filiatoria a su nombre guardaría una consistencia biológica pero no afectiva, porque la gestación no vendría acompañada del deseo de asumir responsabilidad alguna con la criatura después de su nacimiento. Asumir esta conclusión importaría abrir las puertas al llamado "comercio o alquiler de vientres", algo que el legislador no ha validado en absoluto y que -en el extremo- podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población.

En el tercer caso (iii), la filiación debería tener tres y no dos sujetos registrales; algo que -tal como se dijo, por imperio del art. 558 del CCyC- está prohibido por el Código.

Es probable que esta inconsistencia normativa sea producto de las vicisitudes producidas en el trayecto que, partiendo del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, culminó con la sanción definitiva del Código por parte del Poder Legislativo, registrándose -en el itinerario parlamentario- modificaciones en una de las cláusulas aplicables al presente caso.

Lo problemático de esta causa no está en la disociación entre el hecho biológico ("gestar") y el factor afectivo ("querer ser" padre, madre o progenitor/a), porque tal disyunción se presenta en otras hipótesis como la adopción; solo que para esta institución la respuesta jurídica hace prevalecer al factor afectivo ("querer ser...") por sobre el hecho biológico ("dar a luz"), en tanto en el presente caso -conforme a la actual normativa- la respuesta jurídica es



Corte Suprema de Justicia de la Nación

distinta. Lo problemático en la presente causa es que la legislación parece resultar inconciliable con cualquiera de las hipótesis asignables a la expresión "voluntad procreacional".

13) Que, más allá del desarrollo efectuado en el Considerando anterior, 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.

Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la cláusula en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella. Sobre el particular, debe recordarse que 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 (conf. Fallos: 330:855; 331:2799; 340:669; 341:1675; 343:345, entre otros). Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida en dicho ejercicio, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Constitución Nacional asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 343:345, voto del juez Rosatti).

14) Que, por lo demás, 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, mecanismo previsto por la legislación vigente (art. 630 y ccs. del CCyC).

15) Que, por último, atento al modo en que se decide, resulta innecesario el tratamiento de los planteos vinculados con la validez de los consentimientos informados.

Por ello, habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación y dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declaran parcialmente admisibles las quejas y los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Que L. G. P. e I. N. S. iniciaron demanda de impugnación de filiación contra C. L. A. con el objeto de que el Registro Civil otorgue una nueva partida de nacimiento del niño J.P.S., en la que ellos consten como padres, desplazándose a la demandada -que dio a luz al niño- del estado de madre.

Expusieron que el niño nació por la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) denominada "gestación por sustitución" y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Fundaron su solicitud en los arts. 560, subsiguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la Constitución Nacional (arts. 14, 19, 20 y 75, inc. 22), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3°, 7°, 11 y ss.), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 7° y 8°, inc. 1°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19).

La accionada C. L. A. (gestante) se allanó a la demanda incoada.

2°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

Dos de los jueces, luego de cuestionar aspectos formales del acuerdo de gestación y de señalar que en el caso no se corrobora la alegada larga amistad que unía a los actores con la demandada, ni el ofrecimiento altruista que ella hizo de ayudarlos a ser padres, sostuvieron que el art. 562 del Código

Civil y Comercial de la Nación es claro en cuanto a que los nacidos mediante 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 en los términos de los arts. 560 y 561.

Apuntaron que siendo la norma de orden público, resulta difícil apartarse de tan claro texto legal sin declarar su inconstitucionalidad, que entendieron que en el caso no había sido planteada.

Destacaron que no puede sostenerse que se trata de una hipótesis de laguna legal o que el legislador, al haber omitido tratarla, implícitamente la autorizó; ni tampoco puede afirmarse que el tema debe quedar sujeto a la discrecionalidad judicial en una materia tan sensible regulada por el código.

En este sentido enfatizaron que es el legislador quien atribuye la maternidad por el parto, con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con el niño y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Consideraron que, por lo tanto, no existe vacío legal que justifique la resolución del caso en función del art. 19 de la Constitución Nacional.

El restante magistrado, con otros fundamentos, también rechazó la demanda. Sostuvo que no hay en nuestro ordenamiento civil una norma expresa que prohíba la gestación por subrogación. Refirió que la interpretación del criterio rector de las TRHA y del art. 9° de la ley 26.994 permite sostener que no existe obstáculo legal para que dos hombres sean considerados como progenitores de un niño cuando han expresado su voluntad procreacional previa, libre e informada.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obstante, destacó que en el caso no se acreditó la existencia de los tres consentimientos médicos informados en los términos exigidos por la normativa específica que regula las TRHA ni, consecuentemente, la voluntad procreacional previa al nacimiento del niño. Así pues, juzgó que la acción reclamada era improcedente.

3°) Que contra ese pronunciamiento los actores y la demandada interpusieron recursos extraordinarios federales, que fueron denegados con sustento en que no se había configurado la alegada arbitrariedad del fallo ni explicado la invocada cuestión federal. Esta decisión motivó las quejas en examen.

Los actores cuestionan la valoración que hizo la cámara de las condiciones en que la gestante prestó su consentimiento. Por otro lado, alegan que la interpretación y aplicación al caso del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación es irrazonable, puesto que la norma no regula la gestación por sustitución ni prohíbe dicha práctica y la inteligencia otorgada resulta inconstitucional por violatoria de derechos garantizados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales, entre otros, el derecho a la autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, y a la identidad.

Aducen que en función del principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional), la gestación por sustitución está permitida por no encontrarse prohibida de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

Manifiestan que el reconocimiento de esa técnica de reproducción a los fines de determinar la filiación se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional, y es consecuencia del debido respeto al derecho

de toda persona a formar una familia conforme a sus elecciones individuales y con independencia de su orientación sexual, pues constituye la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones -biológicos- de tener un hijo genéticamente propio (aunque solo de uno de ellos).

Mencionan que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), incluye dentro de estas técnicas "el útero subrogado" y que el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los derechos reproductivos integran los derechos humanos. Sobre esa base, sostiene que la prohibición absoluta de acceder a las TRHA viola derechos consagrados en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Además, destacan que la sentencia no hace prevalecer el interés superior del niño ni le otorga una protección especial y prioritaria a su identidad ni a sus relaciones de familia.

Asimismo, sostienen que no cabía exigir, para la procedencia de la demanda, un planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto dicha norma regula una situación distinta a la del presente caso y en realidad cabía la interpretación de dicha norma conforme a los derechos de jerarquía constitucional invocados.

El recurso extraordinario de la demandada reproduce los agravios de la parte actora.

4°) Que la señora Defensora General de la Nación y el señor Procurador Fiscal se expidieron de forma concordante con los recurrentes y propiciaron que se revoque la sentencia.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Defensora, en subsidio, planteó la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

5°) Que por los fundamentos que a continuación se desarrollan, los recursos extraordinarios interpuestos resultan inadmisibles en cuanto a los agravios vinculados con la arbitrariedad de la interpretación del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cambio, los remedios federales suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 respecto de los agravios referidos a la interpretación y aplicación de los derechos constitucionales que las recurrentes esgrimen vulnerados en virtud de la inteligencia del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación adoptada por el *a quo*, cuestión planteada a lo largo del pleito, en particular, del derecho a la autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación y a la identidad, y la decisión supone una resolución contraria implícita al derecho que las recurrentes fundan en dichas cláusulas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 311:95; 313:1714; 327:4103; 328:3142).

6°) Que, liminarmente, cabe 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.

La regulación de esta técnica presenta una diversidad notable a nivel mundial. Mientras que algunos países han establecido marcos legales que permiten esta práctica, otros la prohíben de manera explícita o la someten a restricciones severas. Esta disparidad normativa refleja las

diferentes posturas éticas, sociales y legales que existen en torno a esta compleja cuestión, generando un panorama jurídico heterogéneo y en constante evolución.

7°) Que en el marco del debate de reforma del Código Civil -ley 340-, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación suprimió la disposición del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderando los complejos dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea (cfr. Anexo I, punto II.81; Anexo II, punto III .6, y Anexo III, Libro Segundo: Relaciones de familia; orden del día n° 892).

Asimismo, pese a que dicha técnica reproductiva es practicada hace varios años en nuestro país, el Congreso de la Nación no ha emitido una norma específica sobre la materia. De esta manera, se deja a los jueces la difícil tarea de resolver casos particulares que exigen definir la situación filiatoria de los niños nacidos mediante la utilización de esa práctica reproductiva y dando lugar a pronunciamientos disímiles que generan una inseguridad jurídica para quienes se ven involucrados.

8°) Que resulta ineludible destacar que es el legislador quien tiene la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación. A través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial.

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, tanto el art. 21 del derogado Código Civil, vigente al momento del nacimiento de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

J.P.S., como el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, prevén que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.

9°) Que el Código Civil y Comercial de la Nación precisa las fuentes a través de las cuales se establece el vínculo de filiación.

La circunstancia de que el nacimiento de J.P.S. y su inscripción se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal no resulta óbice a su aplicación al caso habida cuenta de que una de las disposiciones transitorias aprobadas por la ley 26.994, que admite la aplicación retroactiva del código, es la relativa a las personas nacidas con TRHA con anterioridad a su entrada en vigor.

En efecto, la cláusula tercera del art. 9° dispone que *"Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta."* (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación)".

10) Que con la sanción de dicho código se ha incorporado una tercera fuente de filiación. Además de la

filiación por naturaleza y por adopción, ya previstas en el Código Civil derogado, el art. 558 contempla la filiación mediante TRHA.

El decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, dispone: “*Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. (...) Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos*” (art. 2° del anexo al decreto).

El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) de la Organización Mundial de la Salud del año 2009 -que invocan los recurrentes y al que remite la Procuración General de la Nación en su dictamen con relación a lo dispuesto en el art. 8° de la ley 26.862- menciona que están expresamente comprendidos dentro de las TRHA todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, lo cual incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación *in vitro* y a la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el “útero subrogado”.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

11) Que por imperio del mencionado art. 558, 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.

Las normas que integran el capítulo "**Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida**", del Título V "*Filiación*", del Libro Segundo "*Relaciones de Familia*", regulan esa tercera fuente. El art. 562 ("*voluntad procreacional*") 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 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*" (el destacado no es del original).

12) 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. Así, 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, 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).

Además, se ha enfatizado 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).

13) Que bajo estas pautas, se advierte que 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.

La "voluntad procreacional" que lleva por título el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación 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 (art. 21 del Código Civil -ley 340- y art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación; doctrina de Fallos: 314:180). 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 TRHA, y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de "dar a luz".

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.

En concordancia con esta interpretación, al regular la acción de impugnación de la maternidad el legislador establece que, en los supuestos de filiación por TRHA, la falta



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 *in fine*).

Asimismo, tal como el art. 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el art. 562 -en los términos que se encuentra redactado- impone concluir que idéntica solución rige para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

14) Que, además, la supresión de la figura de la "gestación por sustitución" del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación no modifica la anterior conclusión. A la luz de las reglas interpretativas aludidas, no es admisible que para sostener que hay un vacío legal se considere un proyecto que no fue sancionado, prescindiendo de la decisión del legislador de regular en el art. 562 la determinación de la filiación para todos los casos de personas nacidas por TRHA, sin incorporar distinción alguna.

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.

Ello es así 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, pues de hacerlo así se olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es -como ya se dijo- 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 (Fallos: 344:1411, entre otros).

15) Que 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 aquel en ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 340:644, entre otros). Ello es así, máxime cuando, como se dijo, 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.

Es decir, 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.

Por las razones expuestas, 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.

16) Que en tales condiciones, no resultan admisibles los recursos bajo examen en tanto invocan la doctrina de la arbitrariedad de sentencias respecto de la inteligencia que el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

a quo efectuó del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues la sentencia apelada cuenta con fundamentos suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido, de lo que se sigue que no es atendible el agravio fundado en el art. 19 de la Constitución Nacional pues no existe vacío legal alguno.

Por el contrario, los recurrentes se limitan a postular una exégesis diversa de dicha norma a fin de impugnar la filiación de quien dio a luz que se evidencia como contraria al claro texto de la ley y a su inequívoca interpretación de conformidad con lo expresado precedentemente. Tal interpretación soslaya que el legislador ha previsto una regla filiatoria –de fuerza imperativa, no disponible por la voluntad de los particulares– para todos los supuestos de TRHA, consistente en que el vínculo filiatorio del niño gestado de ese modo se genera con la mujer que lo dio a luz y con el varón o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo existir únicamente dos vínculos filiales.

17) Que, entonces, establecido que la filiación de las personas nacidas por la técnica de gestación por sustitución se determina conforme a lo ordenado en el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde examinar si su aplicación lisa y llana en el caso concreto se encuentra en pugna con nuestra Constitución Nacional, como sostienen los recurrentes.

Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91; 331:1123; 344:3458, entre

muchos otros). Por consiguiente, al importar tal declaración el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 344:3458).

También debe tenerse presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho: "...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..." (Fallos: 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 313:410; 318:1256; 329:385 y 344:3458, entre muchos otros).

18) Que, así entonces, la decisión personal de utilizar una TRHA 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.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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 (doctrina de Fallos: 314:180 y 321:92), sin haberse demostrado que haya sido ejercida de modo irrazonable en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación aplicables al caso.

19) 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.

20) Que, por lo demás, la disposición del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación 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 de integración, sin que se hubiese demostrado de modo fehaciente que, ante el interés estatal en registrar la filiación en la forma determinada por la ley, tal mecanismo altere los derechos invocados por las partes (art. 28 de la Constitución Nacional).

No es razonable invalidar una norma del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 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, sin que se haya demostrado que ello afecte algún derecho reconocido en la Constitución Nacional.

21) Que, asimismo, 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 de igualdad de los actores, ya que no 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 formadas 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.

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).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

22) Que, por otro lado, 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. 3°).

En este aspecto, tampoco se ha demostrado con argumentos de suficiente entidad que, en el caso planteado, 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 en el modo en que atiende al interés superior del niño como una consideración primordial—además de los restantes intereses que hacen al orden público en materia filiatoria— o que le cause un perjuicio que soslaye tal directiva.

Asimismo, 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 código de fondo, 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.

23) Que, por último, la norma tampoco 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. No hay, en consecuencia, incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad del niño (art. 8°, incs. 1 y 2, Convención sobre los Derechos del Niño; 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.

24) Que tales consideraciones llevan a rechazar la pretendida inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y a confirmar la sentencia apelada, tornándose innecesario que el Tribunal aborde el tratamiento de las cuestiones planteadas por los recurrentes referidas a la validez de los consentimientos informados.

25) Que sin perjuicio de la decisión a la que se arriba en el presente caso, 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, esta Corte considera conveniente poner en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación este pronunciamiento.

Por ello, habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación y dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declaran parcialmente admisibles las quejas y los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que L. G. P. e I. N. S. iniciaron demanda de impugnación de filiación contra C. L. A. para que se expida una nueva partida de nacimiento en la que ellos figuren como padres del niño J.P.S., desplazándola de su estado de madre de J.P.S., condición con la que fuera inscripta.

Expusieron que el niño nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Fundaron su solicitud en los artículos 560, subsiguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la Constitución Nacional (arts. 14, 19, 20, 75, inc. 22), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3, 7, 11 y ss.), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 7, 8, inc. 1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19). La accionada C. L. A. (gestante) se allanó a la demanda incoada.

2°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por votos concurrentes, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, desestimó la demanda.

Dos de los jueces sostuvieron que el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 562) es claro en cuanto 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 en los términos de los arts. 560 y 561. Señalaron que no hubo planteo de inconstitucionalidad de esa norma y por lo tanto

resulta plenamente aplicable. Asimismo, afirmaron que no hay un vacío legal, ni puede deducirse otra solución por la vía de considerarla implícita.

El otro magistrado sostuvo que no hay una prohibición expresa y por lo tanto no existe obstáculo legal para su admisibilidad. No obstante, destacó que no se acreditó la existencia de los tres consentimientos informados médicos en los términos exigidos por la normativa específica que regula las TRHA ni, consecuentemente, la voluntad procreacional previa al nacimiento del niño. Así pues, juzgó que la acción reclamada era improcedente.

3°) Que contra ese pronunciamiento los actores y la demandada interpusieron recursos extraordinarios federales, que fueron denegados, lo que motivó las quejas en examen.

Que los actores argumentan que la aplicación al caso del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación es irrazonable, puesto que la norma no regula la gestación por sustitución ni prohíbe dicha práctica. También mencionan que ello afecta el derecho a la autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, y a la identidad. Afirman que, al no mediar prohibición expresa, dicha práctica está permitida (art. 19 Constitución Nacional). Invocan que los derechos reproductivos integran los derechos humanos, conforme lo señala el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Afirman que no es necesario el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto dicha norma regula una situación distinta a la del presente caso. Por último, aducen que no se ponderaron de manera adecuada los consentimientos informados prestados.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Que la demandada reproduce los agravios de la parte actora.

Que, habiendo tomando intervención, la señora Defensora General de la Nación y el señor Procurador Fiscal se expedieron de forma concordante con los recurrentes y propiciaron que se revoque la sentencia. La Defensora, en subsidio planteó la inconstitucionalidad de la referida norma.

4°) Que más allá de que los planteos relacionados con la cuestión federal están expuestos por los recurrentes en términos genéricos, lo cierto es que la decisión de la Cámara ha sido contraria al derecho en que éstos fundan su pretensión, lo que habilita la instancia de excepción (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Asimismo, se argumenta que están vulnerados el derecho a la autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, y a la identidad.

Por lo demás, 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.

5°) Que la decisión judicial exige, como primer paso lógico, la delimitación de los hechos (elemento fáctico), la identificación de la norma aplicable (elemento normativo) para elaborar el juicio de subsunción (elemento deductivo).

Que el segundo paso consiste en comprobar que la solución deductiva sea coherente con los precedentes judiciales en los que se establecieron reglas jurídicas para casos con

circunstancias fácticas similares (elemento de consistencia), a fin de garantizar que la ley se aplique en forma igualitaria y previsible.

Que el tercer paso requiere asegurar que la solución también sea coherente con el resto del sistema jurídico, cuyas reglas es preciso armonizar (elemento de coherencia).

Que un cuarto paso lógico debe enfocarse en las posibles repercusiones futuras de la solución (elemento consecuencialista) (Fallos: 344:2601, disidencia del juez Lorenzetti).

6°) Que no hay dudas sobre el elemento fáctico en cuanto a que se trata de un supuesto de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante.

Que, en cuanto al elemento normativo, corresponde señalar, en primer lugar, que resulta aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación.

La circunstancia de que el nacimiento de J.P.S. y su inscripción se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial no resulta óbice a su aplicación al caso, habida cuenta de que una de las disposiciones transitorias aprobadas por la ley 26.994, que admite la aplicación retroactiva del código, es la relativa a las personas nacidas con TRHA con anterioridad a su entrada en vigor.

En efecto, la cláusula tercera del art. 9° dispone que "Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta." (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación)".

7°) Que el Código Civil y Comercial de la Nación regula la filiación por naturaleza, por adopción, y mediante Técnicas de Reproducción Asistida.

Por otra parte, la ley n° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y su decreto reglamentario (956/2013) establece que "Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. [...] Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos ." (art. 2° del anexo al decreto).

El glosario de la OMS -al que remite el art. 8° de la ley 26.862-, menciona que están expresamente comprendidos dentro de las TRHA todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, lo cual incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y a la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia

intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el "útero subrogado".

La gestación por sustitución es una especie del género de las técnicas humanas de reproducción asistida.

8°) Que la filiación por adopción plena, por naturaleza y por Técnicas de Reproducción Asistida surten los mismos efectos y, además, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales.

El artículo 562 ("voluntad procreacional") 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 quién haya aportado los gametos".

9°) Que no cabe afirmar que hay un vacío legal porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Honorable Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del Código Civil y Comercial vigente.

10) Que por lo tanto, se configura el elemento fáctico y normativo que obliga a resolver el caso por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

aplicación del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que los nacidos por estas técnicas son hijos, en este caso, de la mujer gestante.

Que 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 (Fallos: 314:180 y 321:92). En este sentido, tanto el artículo 21 del derogado Código Civil, vigente al momento de nacimiento de J.P.S., como el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, prevén que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público.

Por las razones expuestas, 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 vinculan con razones de orden público para atribuir de una forma determinada y cierta el vínculo filiatorio.

Que tampoco hubo declaración de inconstitucionalidad, y por lo tanto la ley es aplicable y no puede ser dejada de lado por razones de mera inconveniencia o disconformidad.

11) Que la solución propuesta tampoco puede ser desplazada por la vía de la interpretación. 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".

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 donde la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, importaría presumir la inconsecuencia del legislador.

Que 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 (Fallos: 340:644, entre otros). 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.

12) Que el análisis de coherencia dentro del sistema del Código vigente, lleva a la misma conclusión, puesto que al regularse la acción de impugnación de la maternidad, el legislador establece que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 in fine). Así como el art. 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el art. 562 -en los términos que se encuentra redactado- conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

En tales condiciones, no resulta admisible la exégesis que propugnan los recurrentes a fin de impugnar la filiación de quien dio a luz, por cuanto el legislador ha previsto una regla filiatoria -de fuerza imperativa, no disponible por la voluntad de los particulares- para todos los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

supuestos de TRHA. Tal regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz y el hombre o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo únicamente existir dos vínculos filiatorios.

13) Que el examen de coherencia respecto de la Constitución y tratados de derechos humanos, también permite arribar a la misma conclusión en cuanto a la constitucionalidad de la solución legal.

Cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 307:531; 314:424; 328:91; 331:1123 y 344:3458; entre muchos otros); que debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 344:3458); y que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos: 324:3345; 328:91 y 329:4032).

14) 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 razonabilidad no ha sido suficientemente cuestionada.

Que la disposición del art. 562 no impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley (art. 17, inc. 2, 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 distintos mecanismos para fundar una familia. Además de las TRHA, prevé la adopción en sus diversos tipos, entre ellos la adopción de integración, sin que se hubiese demostrado de modo fehaciente que, ante el interés estatal en registrar la filiación en la forma determinada por la ley, tal mecanismo altere los derechos invocados por las partes (art. 28 de la Constitución Nacional).

No es razonable invalidar una norma del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015 y que fue sancionada tras un amplio debate, cuando el mismo ordenamiento jurídico contiene normas que permiten resolver la cuestión planteada por la vía de la adopción.

15) Que, asimismo, la disposición 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 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 formadas 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.

La garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional solo requiere que no se establezcan



Corte Suprema de Justicia de la Nación

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).

16) Que, además, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados parte de atender al interés superior del niño 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, tampoco se ha demostrado con argumentos de suficiente entidad que, en los casos planteados, 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.

Asimismo, en relación con 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 código de fondo, 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, la norma cuestionada tampoco 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. No hay, en consecuencia, privación ni alteración ilegal de la identidad del niño (art. 8, incisos 1 y 2, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11, ley 26.061)

17) Que la solución del caso surge claramente de la ley aplicable al supuesto de hecho que es consistente y coherente con el ordenamiento jurídico vigente.

Que, en cuanto al análisis de las consecuencias, es evidente que hay un problema social y legal, porque, por un lado, dicha técnica reproductiva es practicada hace varios años en nuestro país, y, por el otro, se producen efectos jurídicos que ponen en tensión principios y valores muy importantes.

En primer lugar, la gestación por subrogación es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) mediante el cual una mujer (gestante) lleva a término un embarazo en su vientre por encargo de otra persona o pareja. Es claro que los actores y otras personas pretenden recurrir a esta práctica por razones, para ellos muy legítimas, que esta Corte ni nadie puede juzgar, porque forman parte del ámbito de las decisiones vinculadas a la autonomía personal, pero esa decisión trasciende dicha autonomía.

En segundo lugar, es claro también que la solución no puede basarse en el sólo deseo personal, porque se trata de acciones con repercusiones relevantes hacia terceros (art. 19 de la Constitución Nacional).

18) Que la solución regulatoria exigen contemplar una multiplicidad de cuestiones relevantes difíciles de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

armonizar, como lo prueba la enorme diversidad de regulaciones que se pueden encontrar en el derecho comparado.

Mientras algunos países han establecido marcos legales que permiten esta práctica, otros la prohíben de manera explícita o la someten a restricciones severas, incluyendo la posibilidad de sanciones penales.

Que 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.

Un bien a tutelar es el interés superior del niño, que no siempre se garantiza con la enorme variedad de acuerdos, muchos de ellos puramente comerciales, que se ofrecen en distintos países.

Es importante señalar que hay una cuestión de género que hay que 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.

Un aspecto relevante es si es una práctica excepcional, que sólo se admite en supuestos en que hay una imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término, o es una opción sin limitaciones restrictivas. Esta segunda alternativa, puede llevar a múltiples combinaciones cada vez más conflictivas y difíciles de resolver, como lo demuestra el derecho comparado.

19) Que, una clara demostración de esta complejidad, es la propuesta que hiciera la Comisión que elaboró el Proyecto

de Código Civil y Comercial, que fue eliminada en el trámite legislativo. En esa propuesta legislativa establecía:

“ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e) la gestante no ha aportado sus gametos;

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

20) Que, no compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Honorable Congreso de la Nación, poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico. No sería lícito que los magistrados judiciales, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica.

Tal como lo ha sostenido este Tribunal desde antiguo y hasta en sus fallos más recientes, nuestro ordenamiento jurídico no confiere a los magistrados el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (Fallos: 234:82; 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333:866 y 338:488).

21) Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar tanto la pretendida inaplicabilidad al caso del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación como su declaración de inconstitucionalidad; y confirmar la sentencia apelada, tornándose innecesario que el Tribunal aborde el tratamiento de las cuestiones planteadas por los recurrentes referidas a la validez de los consentimientos informados.

Que, en razón de las consecuencias señaladas, 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, esta Corte considera necesario poner

en conocimiento del Poder Legislativo de la Nación este pronunciamiento, a los fines que estime corresponder dentro del marco de las funciones que le incumben.

Por ello, habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación y dictaminado el señor Procurador Fiscal de la Nación, se declaran parcialmente admisibles las quejas y los recursos extraordinarios y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que L.G.P. e I.N.S. iniciaron demanda de impugnación de filiación contra C.L.A. para que se la desplace del estado de madre del niño J.P.S. y se otorgue una nueva partida de nacimiento en donde conste que ellos son los progenitores.

Los actores, dos varones, contrajeron matrimonio en el 2014 y, ante el deseo de ser padres, recurrieron a la técnica de gestación por sustitución o subrogación. Relataron que C.L.A. se ofreció a ayudarlos de manera libre, altruista y en forma desinteresada, gestando a su hijo sin voluntad de ser progenitora. Expusieron que los tratamientos fueron realizados en el instituto médico Halitus; que el 4 de agosto de 2014 firmaron el consentimiento informado, el 4 de junio de 2015 nació J.P.S. y el 5 de noviembre de 2015 realizaron la protocolización de los consentimientos.

Manifestaron que en la ovodonación no hubo material genético de la gestante, a quien se le transfirieron embriones constituidos con gametos de ambos comitentes, de los cuales se implantó uno solo. Al momento de nacer J.P.S. y a efectos de obtener en forma inmediata un DNI, se inscribió en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como progenitores, a la mujer gestante y a I.N.S., aun cuando ambos actores se consideran los padres "procreacionales". Añadieron que luego, mediante un examen de ADN, se comprobó que L.G.P. es el aportante del material genético.

Así se presentaron ante la jueza de primera instancia solicitando que se adecúe la partida de nacimiento a la realidad socio-afectiva de su hijo. Fundaron su solicitud en

los arts. 560 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, la Constitución Nacional (arts. 14, 19, 20 y 75, inciso 22), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3°, 7°, 11 y subsiguientes), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3°, 7° y 8°, inc. 1°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19).

La accionada C.L.A. (gestante), madre de tres hijos, al contestar la demanda se allanó al reclamo en todas sus partes en los términos del art. 307 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Solicitó que se dictara sentencia haciendo lugar a la acción incoada; postura que ratificó en la audiencia realizada entre la jueza, las partes, la trabajadora social del juzgado y la tutora *ad litem*.

La magistrada de grado admitió la demanda, hizo lugar a la impugnación de maternidad respecto de C.L.A. y declaró que J.P.S. es hijo de los actores. Notificada la decisión, apeló el Ministerio Público Fiscal, recurso al que adhirió la Defensora de Menores de cámara.

2°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por votos concurrentes, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la demanda.

En lo que aquí interesa, dos de los jueces señalaron que los antecedentes acompañados acreditaban la existencia de un acuerdo previo válido entre la gestante y los actores. Sin embargo, sostuvieron que el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación es claro en cuanto a 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 en los términos de los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

arts. 560 y 561 del citado ordenamiento. Apuntaron que el allanamiento carecía de efecto pues el art. 562 resulta una norma de orden público. Además sostuvieron que no correspondía apartarse de tan claro texto legal sin declarar su inconstitucionalidad que, en el caso, no había sido planteada.

En este sentido, enfatizaron que es el Congreso de la Nación quien atribuye la maternidad por el parto, con prescindencia del nexo genético que tuviese la progenitora con el niño y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Consideraron que, ante ello, no existía vacío legal que justificase la resolución del caso en función del art. 19 de la Constitución Nacional.

3°) Que contra ese pronunciamiento los actores y la demandada interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron denegados con sustento en que no se había configurado la alegada arbitrariedad del fallo ni explicado la invocada cuestión federal. Esta decisión motivó las quejas en examen.

En su recurso extraordinario, la parte actora invoca que la sentencia es arbitraria pues carece de fundamentación. Cuestiona la valoración que hizo la cámara de las condiciones en que la gestante prestó su consentimiento. Alega que la interpretación y aplicación al caso del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación es irrazonable, puesto que no regula la gestación por sustitución ni prohíbe dicha práctica.

A ello añade, en síntesis, que la mencionada interpretación del citado art. 562 resulta violatoria de derechos garantizados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales, entre otros: el derecho a la

autonomía personal, a la libertad y a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, y a la identidad.

En ese mismo sentido, aduce que en función del principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional), la gestación por sustitución está permitida por no encontrarse prohibida de manera expresa en el ordenamiento jurídico. Manifiesta que el reconocimiento de esa técnica de reproducción a los fines de determinar la filiación, se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional y es consecuencia del debido respeto al derecho de toda persona a formar una familia conforme a sus elecciones individuales y con independencia de su orientación sexual, pues constituye la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque solo de uno de ellos).

Menciona que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, incluye dentro de estas técnicas al "útero subrogado" y que el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los derechos reproductivos integran los derechos humanos. Sobre esa base, sostiene que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) viola derechos consagrados en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Además, destaca que la sentencia no hace prevalecer el interés superior del niño ni le otorga una protección especial y prioritaria a su identidad ni a sus relaciones de familia, poniendo de este modo en tela de juicio la inteligencia y aplicación de los tratados sobre los derechos



Corte Suprema de Justicia de la Nación

del niño. Sostiene que no cabía exigir, para la procedencia de la demanda, el planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto dicha norma regula una situación distinta a la del presente caso. Esgrime que, ante la existencia de un vacío legal en la materia, la cámara debió dar una solución al caso contemplando los derechos constitucionales del niño, de sus progenitores y de la mujer gestante.

Por último, aduce que no se ponderaron de manera adecuada los consentimientos informados prestados, la voluntad procreacional expresada por su parte ni la voluntad de la gestante que no desea ser madre; que la sentencia ha puesto en duda las características de la relación entre los padres y la gestante, sin convocar a una audiencia, como sí lo hizo el magistrado de grado.

Por su lado, la demandada en su remedio federal, además de reproducir agravios expresados por la parte actora, agrega que la falta de consideración sobre el consentimiento previamente prestado y la puesta en duda de las características de la relación entre los progenitores y su parte -la gestante-, atentan directamente contra la voluntad procreacional de aquellos y contra su voluntad de solo llevar a cabo el embarazo, sin intención de ser madre.

Asimismo, señala que cuando se trata de la filiación que deriva de técnicas de reproducción humana asistida, prevalece la maternidad/paternidad consentida y querida, un acto de decisión personal; que son los actores quienes han decidido tener un hijo y desde su nacimiento se han hecho cargo de su cuidado y crianza, y que la entrega del niño a sus

progenitores es una consecuencia misma de que su parte nunca tuvo la intención de ser madre y de que ellos siempre han tenido la voluntad procreacional.

4°) Que habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación se expidió de forma concordante con los recurrentes. Sostiene que la sentencia resulta descalificable en tanto el citado art. 562 no prohíbe la gestación por sustitución, por lo que no es necesario pronunciarse sobre su inconstitucionalidad sino armonizar el ordenamiento jurídico con el concepto de voluntad procreacional a fin de determinar las relaciones filiales. En subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la referida norma en el entendimiento de que ha operado como obstáculo ineludible a la hora de atender las pretensiones de las partes.

A su vez, el señor Procurador Fiscal dictaminó que los recursos extraordinarios fueron mal denegados por considerar que la interpretación que hizo el *a quo* del mencionado art. 562 viola diversas garantías constitucionales. Concluyó que dicha norma no prohíbe la gestación por sustitución y, sobre la base del art. 19 de la Constitución Nacional, propició que se revoque la sentencia y se proceda a la inscripción de la copaternidad solicitada por los actores y al desplazamiento del estado de madre de la demandada, por ser la solución que mejor concilia los derechos fundamentales de las partes y el interés superior del niño, su vida privada y su identidad.

5°) Que los recursos extraordinarios resultan admisibles habida cuenta de que los agravios expresados se dirigen a cuestionar la interpretación y aplicación realizada por el *a quo* del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación por ser violatoria del principio de legalidad y reserva



Corte Suprema de Justicia de la Nación

y de derechos y garantías constitucionales tales como los derechos a la autonomía, el interés superior del niño, y la protección de la familia y la decisión ha sido contraria a las pretensiones de los recurrentes (art. 14, inciso 3°, de la ley 48; Fallos: 329:5266 y 343:1037).

Los restantes agravios sobre arbitrariedad de la sentencia, vinculados con la validez de los consentimientos informados prestados por las personas involucradas en la práctica y con el tipo de relación que existía entre las partes con anterioridad a la realización de la técnica de gestación por sustitución, guardan directa e inmediata relación con la interpretación de los derechos constitucionales puestos en juego.

6°) Que la cuestión planteada en la presente causa consiste en determinar si la interpretación que el tribunal de alzada realiza del citado art. 562 resulta arbitraria o contraría los derechos constitucionales que los recurrentes esgrimen vulnerados y, en consecuencia, si procede el desplazamiento de la condición de madre de C.L.A. y el reconocimiento jurídico de la voluntad procreacional de L.G.P. respecto del niño J.P.S., nacido a través de la técnica de gestación por sustitución.

7°) Que en dicho marco, corresponde precisar que el caso se circunscribe a definir la situación filiatoria del niño. Aquí no se encuentra controvertida la validez de la práctica mediante la cual se dio a luz al niño J.P.S., sino que se discuten las consecuencias filiatorias de quien nació mediante la técnica de gestación por subrogación.

En efecto, el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la gestación por sustitución. No surge del Código Civil y Comercial de la Nación ni de la ley 26.862 de Reproducción

Médicamente Asistida, como tampoco de otra legislación vigente, una prohibición expresa de dicha práctica ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización.

8°) Que delimitada así la cuestión a decidir, corresponde señalar que el ordenamiento jurídico no admite la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación que ha efectuado el tribunal de alzada.

En efecto, el citado código reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la naturaleza (mediante el hecho biológico de la procreación), la adopción y, en lo que interesa al caso, las técnicas de reproducción humana asistida, que vincula a los niños nacidos mediante esos procedimientos con quienes manifestaron su voluntad procreacional (conf. arts. 558 y 559).

En ese marco legal, la gestación por sustitución puede ser fuente de filiación pues constituye una técnica de reproducción humana asistida. En efecto, se encuentra incluida entre las técnicas que el glosario de la Organización Mundial de la Salud define como tales. El citado glosario, elaborado en el año 2008, menciona comprendidos entre las técnicas de reproducción asistida a "todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado..." (cf. Glosario publicado en <https://cnrha.sanidad>



Corte Suprema de Justicia de la Nación

[.gob
.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRZ
.pdf\).](http://www.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRZ.pdf)

9°) Que a pesar de admitir las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación, el citado código no regula cómo se determina ese vínculo jurídico cuando este tiene lugar mediante el procedimiento de gestación por sustitución.

En este punto, resulta determinante que tanto de los términos normativos como de sus antecedentes legislativos surge que el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación cuya interpretación se encuentra cuestionada se refiere a aquellas técnicas de reproducción asistida en las que la gestante “también” tiene voluntad procreacional. En efecto, bajo el eje “Voluntad procreacional” prevé que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o 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” (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, la norma transitoria de la ley 26.994 que aprobó el mencionado código previó la situación de las personas nacidas antes del 1° de agosto de 2015 tal como ocurre en el caso de autos, donde J.P.S. nació el 4 de junio de 2015, al disponer que “[l]os nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de

nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta" (art. 9).

10) Que los antecedentes del Código Civil y Comercial de la Nación confirman que tales pautas fueron pensadas para técnicas de reproducción humana asistida que difieren del procedimiento de gestación por subrogación.

Para esta última, precisamente por tratarse de una práctica de singulares características, en la que pueden llegar a intervenir hasta tres personas (la mujer gestante y dos personas restantes que expresan su voluntad procreacional mediante el consentimiento para la realización de la práctica) e incluso una de ellas expresa su voluntad de no ser progenitora, se había previsto una regulación específica que fue suprimida del texto definitivo del citado código por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación luego de ponderar los complejos dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea (cfr. Anexo I, punto II.81; Anexo II, punto III.6, y Anexo III, Libro Segundo: Relaciones de familia; al orden del día n° 892).

En suma, en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por subrogación es una práctica que la ley no prohíbe pero que, 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.

11) Que cabe también señalar que la gestación por sustitución es el procedimiento que en la actualidad dispone la ciencia médica para que las personas y parejas de mismo sexo masculino como los actores o las parejas heterosexuales sin



Corte Suprema de Justicia de la Nación

capacidad de gestar, puedan tener hijos con su propio material genético.

En principio, 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, de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de la seguridad y certeza que les brinda el orden jurídico (art. 19 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 335:799 "Albarracini Nieves" y 338:556 "D., M. A."; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrs. 142 y 143).

12) Que bajo estas premisas, cabe concluir que no existe en el ordenamiento legal argentino una norma que de modo expreso, claro y preciso, y en reconocimiento de los mencionados derechos, establezcan el modo en que debe determinarse la filiación de los niños nacidos a partir de la técnica de gestación por sustitución, ni que impida hacerlo en favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

Estas particulares circunstancias de ausencia de regulación y la realidad de los hechos de la gestación por subrogación en estos autos, 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 con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

13) Que a los efectos de cumplir con dicha tarea, además de contemplar los derechos constitucionales ya

mencionados, corresponde precisar que el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida es la citada voluntad procreacional, expresándose mediante la firma del consentimiento libre, previo e informado el deseo, la intención de tener un hijo, la decisión de ser madres o padres, permitiéndose sustituir a los demás elementos biológicos y/o genéticos (arts. 560, 561, 566, 588, última parte y 591, última parte, Código Civil y Comercial de la Nación). Este régimen filial fundado en la mencionada voluntad procreacional resulta consistente, además, con el reconocimiento de iguales derechos reproductivos a parejas del mismo y de distinto sexo, y a las personas sin pareja.

14) Que ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño nacido por la técnica de gestación por sustitución, resulta ineludible estar a la solución que mejor satisface su interés superior y sus restantes derechos en juego.

Esta Corte Suprema ha señalado en reiteradas oportunidades que el principio del interés superior del niño, que encuentra consagración constitucional en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el art. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que atañen a los infantes en todas las instancias (conf. Fallos: 328:2870; 344:2647; 345:905; 346:287; 346:902 y 347:441).

Habida cuenta de que la protección de dicho interés exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple -en su máxima extensión- la situación real de los infantes (conf. Fallos: 344:2647; 344:2901; 345:905; 346:265;



Corte Suprema de Justicia de la Nación

346:287 y 346:902), cabe concluir que en el caso, la inscripción registral como hijo de ambos demandantes es la solución que otorga mayor certidumbre respecto de cómo mejor se satisface el interés superior del niño.

Ello es así dado que fueron los actores quienes expresaron la voluntad procreacional, factor determinante del régimen de filiación derivado de las técnicas de reproducción humana asistida, y asumieron desde el nacimiento de J.P.S. los deberes de cuidado y crianza propios de la responsabilidad parental.

15) Que en relación con lo expuesto, 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).

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).

16) Que esta 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).

Tales premisas llevan a considerar que, en este caso, corresponde registrar los vínculos filiales del niño que se corresponden con la realidad socioafectiva estable en la que se encuentra inmerso el niño desde hace casi una década. Por el contrario, si ante el señalado vacío legal, en este caso se aplicara por analogía la regla filiatoria establecida por el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación se generaría un desequilibrio en la realidad socioafectiva del niño, se forzaría a la mujer gestante a ser madre contra su propia voluntad y se desconocería la condición de progenitor de L.G



Corte Suprema de Justicia de la Nación

.P., quien no solo manifestó el propósito de asumir ese rol desde la concepción del niño sino que además lo ejerce en la actualidad.

Confirmar la decisión adoptada por el tribunal de alzada, en el marco de una práctica que no se encuentra prohibida por ley, tergiversaría también la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento, vínculos que se vienen manteniendo transcurridos ya aproximadamente 9 años desde el nacimiento de J.P.S.

17) Que, por otro lado, el criterio adoptado por la cámara implicaría forzar a la demandada a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental que de ello se deriva pese a que, como ya se dijo, participó del proceso de gestación -permitido por ley- bajo la condición de no ser madre. Es en estas particulares circunstancias que el criterio del *a quo* se impone en contra de una decisión difícilmente más central para la autonomía personal: la decisión de no ser madre. Se haría prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, que tiene tres hijas con el señor D.M.

18) Que los restantes agravios vinculados con la ponderación de las circunstancias en que fueron prestados los consentimientos por las partes y del tipo de relación que mantenían previo a la realización del procedimiento de gestación por sustitución, encuentran adecuada respuesta en las conclusiones expresadas por el señor Procurador Fiscal en el acápite VI de su dictamen.

19) Que en consecuencia, habida cuenta de que la normativa en cuestión no regula el modo en que se determina la filiación de los niños nacidos de la técnica de gestación por

sustitución, a la luz de la Constitución Nacional, la interpretación efectuada por el *a quo* resulta arbitraria y vulnera los derechos fundamentales de las partes, el interés superior del niño, su vida privada y su identidad.

Por tal motivo y atendiendo especialmente al tiempo transcurrido desde el comienzo de las actuaciones, procede hacer lugar a la inscripción de copaternidad solicitada por los actores y al desplazamiento del estado de madre de la demandada.

Esta decisión no implica soslayar el derecho que asiste a J.P.S. a informarse y conocer su origen, comprendido dentro de su derecho a la identidad (arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación) datos que deberán ser proporcionados por sus progenitores en la medida que sean requeridos por aquel, sino reconocer y dar pleno efecto al vínculo paterno-filial existente, otorgando consideración primordial al interés superior del niño.

20) Que ante la falta de regulación legal específica de una práctica no prohibida por ley, la presente decisión resuelve el caso en atención a los intereses de los diversos involucrados: el niño (que permanecerá en una situación que se condice con su realidad socio-afectiva), los actores (que manifestaron su voluntad procreacional) y la gestante (que acordó libremente participar de este proceso únicamente en esa calidad).

Sin embargo, la solución dada al presente caso de una técnica de reproducción asistida permitida por ley no subsana la falta de regulación específica que el Congreso de la Nación debería atender cuanto antes sea posible.



CIV 86767/2015/1/RH1 y otro
S., I. N. c/ A., C. L. s/
impugnación de filiación.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Frente a la situación descripta, a la trascendencia de los intereses y derechos que se encuentran comprometidos alrededor de la técnica de gestación por subrogación y a que resulta tarea del legislador fijar las posibles fuentes de filiación, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación considera necesario exhortar al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para la adopción de disposiciones claras y precisas sobre la práctica referida.

Por ello, habiendo intervenido la señora Defensora General de la Nación y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes las quejas, formalmente admisibles los recursos extraordinarios, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, se hace lugar a la demanda en los términos expresados. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y devuélvase las actuaciones.

Recursos de queja interpuestos por **C.L.A.** (CIV 86767/2015/1/RH1), representada por el **Dr. Hernán Darío Alcover**; y por **I.N.S. y L.G.P.** (CIV 86767/2015/2/RH2), representados por la **Dra. Fabiana Marcela Quaini**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Civil n° 81.**