



**DERECHOS VULNERADOS: DERECHO A LA IDENTIDAD, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y MATERNIDAD SUBROGADA.**

**Alumno:** Gómez Pallarona Mayra Fabiana

**Legajo:** 137960VAGB

**Carrera:** Abogacía

**Fallo:** 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'; y por I.N.S. y L.G.P. en la causa CIV86767/2015/2/RH2 'S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación' Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 22 de octubre de 2024.

**Sumario. I. Introducción- II. Identificación de la premisa fáctica e historia procesal - III. Antecedentes y doctrina - IV. Jurisprudencia en Argentina sobre casos similares - V. Postura de la autora- VI. Conclusión. Referencia.**

*I. Introducción.*

Las técnicas de reproducción humana asistida son una realidad que forma parte de nuestra vida cotidiana. Están reconocidas en el Código Civil y Comercial y son utilizadas por muchas parejas, tanto de diferentes como de igual sexo, así como por personas solas que buscan cumplir el sueño de formar una familia.

La maternidad por subrogación es uno de los métodos empleados para alcanzar estos anhelos, pero surge la pregunta de si esto no implica un costo demasiado alto para todos los involucrados en estas prácticas. ¿No estaremos, en algunos casos, frente a una situación en la que lo que parece ser un acto “altruista” en realidad encubre un comercio, una explotación o una cosificación tanto de la mujer que da a luz como del niño que, en muchos casos, termina siendo tratado como una mercancía?

Aunque en varias decisiones judiciales se ha reconocido la filiación de los padres solicitantes, este caso en particular es diferente, ya que se busca dejar de lado una norma simplemente porque se está en desacuerdo con ella. Además, no se recurre a otros mecanismos legales para resolver la situación ni se plantea la inconstitucionalidad de la norma, pese a que la Defensora General de la Nación ha recomendado considerarlo en forma subsidiaria.

También podemos preguntarnos si, debido a la dificultad que enfrentan muchas parejas para adoptar, estas opciones no representan una vía más rápida para formar una familia. Sin embargo, surge otra inquietud: ¿qué sucede con la identidad de los niños nacidos en estos procesos? En muchos casos, parecen cumplir expectativas ajenas y podrían encontrarse en situaciones donde no conocen toda su historia, lo que puede generarles conflictos y dificultades en su desarrollo.

Este tema requiere una reflexión profunda y un debate abierto, ya que trae consigo muchas complicaciones. Lejos de estar prohibido, el uso de estas técnicas se encuentra en un área gris que puede generar más problemas que soluciones si no se

regula adecuadamente. Es importante que abordemos estas cuestiones con sensibilidad y responsabilidad, buscando siempre el bienestar de las personas involucradas, especialmente de los niños.

En el fallo 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'; y por I.N.S. y L.G.P. en la causa CIV86767/2015/2/RH2 'S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación'" uno de los primeros problemas jurídicos que nos encontramos es un problema lógico de sistemas jurídicos, porque los actores plantean que su demanda es tomada en base a la norma del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación ya que no plantea la situación particular de los accionantes y no en base al art. 19 de la Constitución Nacional referida al principio de legalidad, donde enuncia que todo lo que no está prohibido, está permitido.

También estamos frente a un problema axiológico porque en cuanto a las intervenciones de la Defensora General de la Nación, el Procurador y el voto en disidencia nos encontramos con la norma del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece una condición específica y precisa, pero que pueden funcionar diferente y son utilizadas por el juez para justificar sus decisiones, como es el art 19 de la Constitución Nacional.

Otro de los problemas jurídicos que se suscita es el de problemas de prueba ya que tanto la sentencia de la Sala E en primera instancia como la mayoría de votos de la Corte argumentan que la prueba ofrecida por los accionantes carece de formalidad y no se corroboran otros supuestos primordiales para la demanda. Diferente es el caso de las intervenciones de la Defensora, el Procurador y el voto a favor de los accionantes que si valoran la prueba ofrecida como tal.

## *II. Identificación de la premisa fáctica e historia procesal.*

Para introducirnos en tema brevemente se detallará la historia procesal del caso analizado; la vamos a desglosar desde su primera presentación en primera instancia hasta su elevación y posterior decisión en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Que en Juzgado Nacional en lo Civil N° 81 L. G. P. e I. N. S. hicieron su primera presentación de una demanda de impugnación de filiación contra C. L. A. para que se expidiera una nueva partida de nacimiento en la que los demandantes figuren como padres del niño J.P.S., desplazándola de su estado de madre, condición con la que fuera inscripta, siendo el resultado de esta instancia negativa y desestimando la demanda por ser contraria a las normas de orden público que imperan en el ordenamiento jurídico argentino.

Los requirentes apelaron esta decisión y tomó intervención la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones quien revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, donde dos de los jueces alegaron que todos los aspectos formales requeridos para el acuerdo de gestación no se cumplían ni tampoco se podía comprobar la larga amistad que decían tener con la Sra. C.L.A ni tampoco el ofrecimiento altruista de ayudarlos a ser padres, sostuvieron que el art 562 era claro en cuanto a que los nacidos bajo las TRHA son hijos de quienes dieron el consentimiento previo, informado y libre y de la madre que da a luz. El tercer miembro se fundó en la ley de TRHA y dejó sentado que no se acreditaron los consentimientos médicos que exige la ley ni la voluntad procreacional antes de que nazca el niño.

Los actores interpusieron numerosos recursos extraordinarios federales los cuales todos fueron denegados.

Luego tomó intervención la Defensora General de la Nación y el Procurador Fiscal quienes ambos hicieron lugar al pedido de los actores y pidieron que se revoque la sentencia de primera instancia y la Defensora pidió la inconstitucionalidad en subsidio del art. 562 del Código Civil y Comercial.

Esta cuestión llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde sus miembros tres de ellos votaron en contra del pedido de los actores confirmando la sentencia revocada y la desestimación de la demanda y solo hubo un voto a favor.

Rosenkrantz, Rosatti y Lorenzetti expusieron motivos similares para confirmar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda, en una mayoría absoluta de los argumentos dados por este tribunal manifiestan que la pretensión de los actores contradice el orden jurídico vigente porque la normativa es clara al imponer un límite

de dos en los vínculos filiatorios siendo normas de orden público que no pueden ser dejadas de lado por convenio de las partes.

También hicieron énfasis que no podían alegar un vacío legal para resolver la cuestión en base al art. 19 de la Constitución Nacional.

Otro de los fundamentos vertidos por esta mayoría es que al ser dejada de lado la regulación de esta práctica que es llevada a cabo en nuestro país expone a jueces a dar pronunciamientos diferentes y deja a los ciudadanos involucrados en estos casos frente a una inseguridad jurídica.

El voto en disidencia del Dr. Maqueda a diferencia de los demás miembros, expresa en sus fundamentos, que las partes si acreditaron los consentimientos previos y válidos, que tampoco se hace prevalecer el interés superior del niño como tampoco se protege su identidad ni relaciones de familia, poniendo en tela de juicio la aplicación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Que no se tuvieron en cuenta los consentimientos, ni se convocó a una audiencia para comprobar la amistad que cuestionan entre los actores y la gestante. En otro de los considerandos expone que la gestación por sustitución es una TRHA por lo tanto sería una fuente de filiación dentro de las permitidas por la ley.

Considera que la inscripción del niño como demandan los solicitantes sería la mejor solución a la situación socio afectiva y la que resguarda el interés superior del niño que tiene protección tanto constitucional como infra constitucional. Que en esta situación familiar se encuentra el niño hacen casi 10 años y que hacer lugar a la sentencia que deniega esta situación pone en riesgo la identidad familiar en la que convive el menor y los vínculos nacidos de este tipo de prácticas. También insta al Poder Legislativo a tomar cartas en el asunto y legislar para aclarar todo tipo de dudas respecto a casos similares que se presenten. A continuación, se desglosará de manera más precisa los votos de los miembros de la Corte Suprema y la decisión de está en el caso que se viene desarrollando.

Uno de los principales fundamentos del tribunal para hacer lugar a la demanda y confirmar la sentencia de primera instancia es la ausencia de protocolización y de consentimiento previo, libre e informado por parte de todos los intervinientes.

Asimismo, no existió prueba alguna que acreditara la amistad alegada entre los actores y la gestante, lo cual resulta esencial en estos casos.

Otro de los fundamentos relevantes es que los actores solicitaron que se desplace a la gestante y que se los inscriba a ellos como padres, invocando la protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, en virtud de la supuesta falta de legislación específica. Sin embargo, el tribunal sostuvo que tal situación no configura una laguna jurídica, ya que, en su opinión, no existe una omisión que impida la regulación de la materia. Además, los actores no solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial, ni fundamentaron su pretensión en otro instituto similar. En los votos de los tres miembros de la corte que discreparon, se reiteró que el artículo 562 es claro y, al tratarse de una norma de orden público, no puede ser desplazado por la voluntad de las partes.

Coincidieron en que la regulación de la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, en particular la gestación por sustitución, debe ser materia de legislación por parte del Congreso Nacional. La normativa vigente establece límites claros, como el artículo 558, que dispone que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, y otras normas que refuerzan la indisponibilidad de ciertos derechos y principios en esta materia.

En virtud de toda esta normativa lo solicitado por los recurrentes resulta contrario al ordenamiento jurídico argentino. Las normas mencionadas son de carácter indisponible y no pueden ser modificadas ni dejadas de lado por acuerdo de las partes.

Por otro lado, los jueces Dres. Rosatti y Lorenzetti, en sus fundamentos, expresaron con elocuencia, que la interpretación del derecho en estos casos debe respetar el marco constitucional y legal vigente. En particular, destacaron que el concepto de “voluntad procreacional” está claramente definido en la normativa, la cual establece que la filiación en las técnicas de reproducción asistida se determina por el hecho de dar a luz, independientemente de la voluntad de ser madre o del vínculo genético. La norma no distingue si la voluntad de procrear fue expresa o si existe vínculo biológico, sino que se centra en el acto de la gestación y el nacimiento.

Asimismo, señalaron que la falta de una legislación específica o la inexistencia de una prohibición expresa no constituyen un fundamento válido para modificar la filiación establecida por la ley. La interpretación debe ajustarse a los principios constitucionales y a la normativa vigente, sin crear vacíos jurídicos o excepciones que puedan vulnerar derechos fundamentales.

Finalmente, en relación con los tratados internacionales de derechos humanos que garantizan el interés superior del niño, los actores no acreditaron cómo afecta esta cuestión al bienestar del menor ni demostraron la existencia de conflictos entre las partes. La legislación argentina establece que la filiación biológica es un derecho que puede ser modificado mediante los mecanismos previstos en la ley, como la adopción, sin que ello afecte la identidad del niño ni su integridad jurídica.

En relación con el único voto en disidencia respecto de la mayoría del tribunal, cabe destacar que, si bien es favorable a la pretensión de los actores, expone los considerandos de manera diferenciada. El magistrado disidente señala que los consentimientos informados de las partes fueron protocolizados algunos meses después del nacimiento del niño, dejando constancia de que los gametos utilizados no pertenecen a la mujer gestante. Asimismo, se indica que el niño fue inscripto inmediatamente en el Registro Civil a nombre de uno de los progenitores procreacionales y de la mujer gestante. No obstante, a través de un examen de ADN se verificó que los gametos utilizados pertenecen al progenitor que no fue registrado como tal en la partida de nacimiento.

En virtud de lo expuesto, los actores solicitaron la adecuación registral a fin de que se refleje la verdadera filiación. La gestante se allanó expresamente a la demanda. La jueza de grado hizo lugar al pedido; sin embargo, notificada la decisión, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación, al cual adhirió la Defensora de Menores de Cámara.

A diferencia de los votos mayoritarios, el juez disidente valora en profundidad el material probatorio obrante en autos, describe con mayor detalle la situación fáctica y coincide con los actores en cuanto a que el planteo efectuado no constituye una impugnación de la constitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial, sino que se trata de un supuesto fáctico distinto. En materia de filiación derivada de

técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), el magistrado subraya la relevancia de la voluntad procreacional, destacando que son los actores quienes asumieron el compromiso de ser padres del niño, ejerciendo desde su nacimiento los deberes de cuidado y crianza.

A su juicio, desconocer dicha voluntad implicaría vulnerar derechos fundamentales del niño reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, especialmente su derecho a la identidad y a mantener vínculos jurídicos familiares. Resalta que el principio del interés superior del niño exige considerar todos los intereses en juego, especialmente en contextos de alta vulnerabilidad, y que cualquier modificación en su situación personal debe ser tratada con extrema cautela para no generar entornos de incertidumbre.

Sobre la base de estas consideraciones, el Dr. Maqueda concluye que resulta esencial preservar la vida socioafectiva del niño, tal como ha sido construida y sostenida durante los últimos nueve años. En ese sentido, la aplicación automática del artículo 562 generaría un desequilibrio en dicha realidad, al imponer a la mujer gestante un rol materno que no ha querido asumir, y desplazar al progenitor biológico y social que ha ejercido la paternidad de manera constante desde el nacimiento del menor.

Finalmente, el magistrado destaca la importancia de que, a medida que el niño lo requiera, se le brinde acceso a la información sobre sus orígenes y sobre el proceso que dio lugar a su gestación, en un marco de respeto a su autonomía progresiva y en resguardo de su derecho a la verdad.

La decisión de la Corte fue hacer lugar y confirmar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda con una amplia mayoría del tribunal con tres votos a favor y uno en contra.

### *III. Antecedentes y doctrina*

Atento a esto podemos mencionar que en virtud del fallo que se analiza en el cual se cuestiona la filiación de un menor de edad nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, precisamente la gestación por sustitución es que vamos

a dar algunas precisiones sobre conceptos que van a ser de utilidad para el análisis en cuestión.

La filiación en el Código Civil y Comercial tiene lugar como bien nombra el art. 558 por las técnicas de reproducción humana asistida, por la naturaleza y por adopción y que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales.

Las TRHA son un tercer tipo que se reconoció en el nuevo CCyC, el cual entre otras diferencias con los demás tipos de filiación se caracteriza por tener como fuente el elemento volitivo. Para dar una precisión sobre este elemento fundamental algunos autores hablan sobre esta manera de formar una familia donde no solo se trata del elemento genético el que determina el lazo ya sea de sangre porque es hijo de quien aporta los gametos, sino que la voluntad es lo que prima, aunque este no haya aportado nada. Por lo que podemos citar textualmente lo que dicen las autoras al respecto sobre este elemento tan importante para determinar la filiación por este medio empleado: “elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca “no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión” (Kemelmajer, Herrera y Lamm, 2011, pág. 21).

Dentro de las técnicas de reproducción humana asistidas nos encontramos con un tipo de ellas que es la gestación por sustitución la que se puede definir como:

“La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida a la que se acude cuando el embarazo no puede llevarse a cabo de manera natural, ya sea porque existen impedimentos biológicos, sean familias del mismo sexo (dos

varones) o monoparentales. Esta técnica consiste en el compromiso entre una persona denominada gestante con otra, o con una pareja comitente denominados subrogantes, a través del cual la gestante acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para ser fertilizada con el material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y cuando se produzca el nacimiento, entregar el niño o los niños que pudiera/n nacer a los subrogantes”. (Suarez, Varela y Molina, 2023, pág. 521)

Actualmente es una situación que sucede a menudo y hay organizaciones donde profesionales tanto de la medicina como del derecho buscan mujeres para cumplir el deseo de la anhelada familia para aquellas parejas que no poseen la capacidad de concebir ya sea por problemas médicos, como aquellos que tampoco pueden por ser parejas del mismo sexo o personas solas.

Como bien sabemos la gestación por sustitución en Argentina no está prohibida, pero tampoco permitida estamos ante un gris que debe ser resuelto en gran parte por los jueces, cosa que no debería ser de esta manera, ya que se deja librada la suerte de un niño y la vulnerabilidad de las mujeres que se someten a esta práctica en la mayoría de los casos por necesidades económicas al arbitrio judicial.

Ante este vacío legal que se presenta y para poder dar una solución a los problemas que se presentaban con respecto a las filiaciones ocurridas en virtud de la utilización de estas técnicas es que algunos legisladores presentaron proyectos de ley sobre la maternidad subrogada de los cuales hare una breve síntesis.

El primero fue presentado en el año 2011 por el diputado Hugo Nelson Prieto quien basa su proyecto en doctrina y jurisprudencia extranjera. Su principal postulado es que debe estar destinado a aquellas parejas que por causas naturales están imposibilitadas de procrear. Como algo novedoso crea la Agencia Pública de Maternidad Subrogada, con una delegación por provincia. Este va a tener un registro de los contratos que se susciten de esta práctica el que se va a perfeccionar con la homologación del mismo por las autoridades competentes, la fecundación genera vínculo a favor de los subrogantes con esto queda sustituida la voluntad de los comitentes. Este proyecto preveía los requisitos que debía cumplir la gestante, la que tiene que estar inscrita en el registro y como algo para destacar de este proyecto es el anonimato tanto de la gestante como de los subrogantes y que la gestante nunca puede

aportar los óvulos para la fecundación del embrión que le será implantado. Prevé todo lo relativo a la donación de gametos, crioconservación de los mismos y los contratos relativos a estos. Dentro de las prohibiciones se encuentra que no se puede implantar óvulos fecundados en animales, clonación y en mujeres en coma.

Afirma la paternidad y maternidad de los comitentes por medio de la inscripción de ellos como padres. También elimina el turismo reproductivo porque para acceder es necesario tanto para los subrogantes como para la gestante un mínimo de 3 a 5 años de residencia en el país.

En otro proyecto presentado el mismo año, pero que por caducidad legislativa recién es presentado en el año 2013, su autor el diputado Milman, él propone que se aborde el problema de aquellas parejas heterosexuales unidas en matrimonio o concubinato que por diferentes problemas no pueden llevar adelante la gestación y el parto.

“Crea el régimen de MS, definiéndola como el compromiso entre una mujer -denominada «mujer gestante»- con una pareja comitente -denominados «subrogantes», a través del cual la mujer gestante acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para ser fertilizada con el aporte del material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y entregar en adopción a los subrogantes el niño o los niños que pudiera/n nacer”. (Sanders Bruletti,2018)

El compromiso se firma en un instrumento el que tiene la voluntad de las partes siendo necesaria para que esta sea válida y existente. Una dirección creada dentro del Ministerio de Salud donde se llevará un registro de estos documentos aprobados y de los nacimientos derivados de la maternidad subrogada. Será confidencial y se tendrá un acta de cada adopción expedida por el juez competente.

Las prohibiciones que contiene este proyecto son referidas al material genético que debe ser de los subrogantes para no dejar lugar a dudas sobre la filiación del menor. En el caso de que hayan más de un nacido vivo y no se adopte a todos los subrogantes tienen el deber de proveerles alimentos hasta su mayoría de edad como si estos fueran sus hijos. Los niños nacidos de este modo son hijos de la gestante hasta que se resuelva la adopción. Como el anterior proyecto también establece requisitos de salud y la

declaración de voluntad de la gestante. Pero establece además requisitos para los subrogantes estrene ellos que tengan más de 5 años de casados o de convivencia y certificados médicos que determine la imposibilidad de llevar adelante la gestación. Las obligaciones de los subrogantes son pagar los gastos del procedimiento, un seguro de vida para la gestante y ella debe designar un beneficiario y resguardar su anonimato. También prevé que en caso de incumplimiento serán sancionados con el procedimiento que establezcan las leyes locales y que los embriones que no fueron implantados sean conservados por el término que establezca la ley.

Por último en el mismo año 2013 el diputado Alberto Paredes Urquiza en su proyecto de ley de maternidad subrogada la define como, “el acto jurídico que tiene por objeto la implantación del óvulo de la madre subrogante, fecundado por el semen del esposo de esta, a través de la técnica de la fecundación in vitro, en la madre subrogada, a cambio de recibir de los primeros los gastos médicos necesarios y cierta cantidad de dinero preestablecida, de modo que, al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé al matrimonio”. (Sander Burletti,2018)

Este matrimonio tiene derecho a que se le entregue al menor al momento del parto y también tener conocimiento de cómo se lleva adelante el embarazo, concurrir a los estudios y controles médicos como pagar los gastos derivados de ellos. El contrato debe contener fecha, firma y el consentimiento de la gestante en el caso que ella está casada también el de su marido. La filiación quedará determinada por el contrato que presente la gestante en el registro correspondiente sino quedará emplazado como hijo del marido de la gestante. Como rasgo de este proyecto es que no elimina a las mujeres casadas como gestantes para no limitarlo solo a una situación económica.

Todos los proyectos se limitan a aspectos contractuales, conservación de embriones y la voluntad o deseo tratando de otorgar el poder forma una familia a parejas que no pueden concebir como a parejas del mismo sexo.

En el anteproyecto del Código tuvo un artículo que hacía referencia a este instituto, en el artículo 562, pero en la redacción final esto fue eliminado.

Ante esta premisa se debe tener en cuenta que tanto la identidad como el interés superior del niño es lo que está en juego, como también la vulnerabilidad de la mujer

que se somete a esta práctica muy cuestionada ya que en casos se utiliza el cuerpo como una mercancía y esto está prohibido en el Código Civil y Comercial, ya que el cuerpo humano no puede ser objeto de los contratos y tanto el niño que se entrega a cambio como la mujer que en algunos casos recibe contraprestación por gestar para otro sería objeto de la contratación y podría encuadrarse en el delito de tráfico de personas.

En esta oportunidad, procederemos a realizar una recopilación de antecedentes y datos relevantes relacionados con la temática en cuestión, específicamente las técnicas de reproducción humana asistida, la figura de la gestación por sustitución y la filiación derivada de dichas prácticas.

Como primera referencia, cabe mencionar el fallo “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el acceso a las técnicas de reproducción asistida en el contexto de familias que enfrentaban problemas de infertilidad. En dicho fallo, la Corte resolvió a favor de estas familias, declarando los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales. La decisión se fundamentó en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantizan, respectivamente, el derecho a la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía, la salud sexual, el derecho a gozar de los avances científicos y tecnológicos, y el principio de no discriminación.

En el derecho comparado precisamente en muchos países europeos la maternidad subrogada esta explícitamente prohibida y en algunas legislaciones se establecen sanciones penales y multas, pero no podemos dejar de lado que hay muchas legislaciones diferentes al respecto donde se la permite como también hay vacíos como el que encontramos en nuestro país.

Los que prohíben y contienen en sus ordenamientos de manera expresa penas de prisión y multas son Italia y Alemania. España declara nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución determinando la filiación por el parto y citando el art. 10 de la ley 14/2006: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. (Sagasta, 2025)

Francia, Suecia y Austria consideran que los pactos derivados de estas prácticas son contrarios a la dignidad humana y pueden causar graves secuelas emocionales. Suiza lo prohíbe en su Constitución.

Reino Unido permite la gestación por sustitución de manera altruista y prohíbe la intermediación comercial manteniendo los derechos de maternidad de la gestante hasta que se emite una orden que transfiere la filiación a los padres intencionales.

Grecia y Portugal permiten la gestación permite la gestación subrogada altruista a quienes no puedan gestar por razones médicas. Mientras Grecia tiene un régimen más flexible porque permite a personas que residan temporalmente en el lugar y se le puede pagar una compensación a la gestante por los gastos ocasionados siempre que no exceda de 10.000 euros.

Países como Ucrania y Rusia y el estado de California en EE. UU permiten de manera flexible los pactos derivados de estas prácticas y son remunerados siendo destinos de turismo reproductivo.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta la fecha, no existía regulación específica sobre estas prácticas. La primera aproximación concreta se encuentra en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se preveía una tercera fuente de filiación: las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución. En el artículo 562 del anteproyecto, se establecía que la autorización judicial previa era condición indispensable para la implantación del embrión, junto con una serie de requisitos que debían cumplirse para garantizar la protección de los derechos de las partes involucradas.

“Entre estos requisitos se encontraban: la capacidad de la mujer gestante, el consentimiento informado de todos los intervinientes, la portación por parte de la gestante de material genético de uno o ambos comitentes (y no de ella misma), la demostración de la imposibilidad de concebir o llevar a término un embarazo por parte de los comitentes, la no aportación de material genético propio por parte de la gestante, la ausencia de retribución (salvo el pago de gastos razonables), la limitación a dos gestaciones por parte de la misma mujer, y que la gestante haya sido madre

previamente”. (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012, pág. 96)

Estos requisitos buscaban asegurar que la mujer que presta su cuerpo lo hace de manera libre y consciente, y que la práctica no se utiliza como un mero capricho, sino como una última alternativa en casos de imposibilidad médica o social. Además, se establecía que la implantación del embrión solo podía realizarse con autorización judicial previa; en caso contrario, la filiación se determinaría conforme a las reglas de la filiación por naturaleza.

Aunque el anteproyecto seguía esta línea regulatoria, por presiones de diversos sectores, la figura no fue incluida en la redacción final del Código.

Un elemento central en la regulación de esta tercera vía de filiación es la voluntad procreacional, entendida como el consentimiento previo, libre e informado de quienes se someten a estos procedimientos. Este consentimiento debe ser claro, preciso y, una vez otorgado, es irrevocable. Además, se requiere que dicho consentimiento sea protocolizado ante escribano público e inscripto en el Registro Civil inmediatamente después del nacimiento del niño.

En relación con la maternidad por sustitución, cabe señalar que, ante la ausencia de una legislación específica, esta práctica ha continuado realizándose en diversas ocasiones, generando controversias respecto a la impugnación de la maternidad cuando la mujer no es la titular del material genético utilizado. Lo mismo sucede en el caso de parejas del mismo sexo, donde la regulación aún presenta vacíos jurídicos.

#### *IV. Jurisprudencia en Argentina sobre casos similares*

El no prohibir la práctica ni regularla no hizo más que ser una gran fuente de casos jurisprudenciales sobre impugnación de maternidad y autorizaciones de muchas implantaciones de embriones en la madre gestante.

A raíz de esto voy a realizar una breve reseña de algunos casos importantes que sentaron jurisprudencia hasta llegar al caso que nos ocupa.

Una característica que se da en la mayoría de la jurisprudencia de la que se va a citar y comentar es que en todas se legitima la maternidad subrogada ya sea anterior o posterior a su realización. Lo que implica que sean diferentes los argumentos que se plantean para poder dejar de lado normas de carácter indisponible como son el art. 242 del Código de Vélez que la maternidad estaba determinada por el parto, el art. 565 del CCyC y el art. 562, referidos a la filiación mediante TRHA.

En cuanto a la impugnación de la maternidad lo que se tiende es a excluir el nexo biológico existente entre madre e hijo, por eso en los fallos que se plantea esta impugnación para desplazar a la madre gestante y emplazar el vínculo con la aportante del material genético que es quien ejerce la voluntad procreacional mediante la manifestación de su consentimiento.

En el año 2014 una pareja pide autorización para la transferencia de un embrión a la gestante, que entregue los nacidos y se los inscriba como padres. Los requirentes llegaron a la práctica luego de realizar numerosos procedimientos invasivos y de alta complejidad para llegar al embarazo, una vez que la mujer sufre una histerectomía acceden al procedimiento de la maternidad subrogada como última opción. La gestante es una mujer que conocen en la misa del Padre Ignacio y se ofrece a llevar el embarazo de manera desinteresada, está ya tiene una hija y manifiesta estar informada sobre lo que va a hacer y lo hace por un acto de amor a la pareja. A lo único que se compromete el matrimonio es a cubrir gastos médicos.

Sobre esta primera postura, la legitimación de la maternidad subrogada, podemos hablar de un fallo del mes de mayo del año 2015 tuvo lugar durante el Código de Vélez la cual declaró admisible la impugnación de la maternidad que llevo adelante el embarazo con material genético de los aportantes. El Juzgado llegó a esta conclusión en base al proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación donde se regulaba la maternidad por sustitución. Los hechos que derivan en este fallo, se trata de una pareja heterosexual donde la mujer no podía quedar embarazada producto de una enfermedad por lo que consultan en diferentes clínicas y los costos eran excesivos. Pero una amiga de la mujer de la pareja se ofrece a llevar adelante el embarazo con material genético de su amiga y su concubino. La pareja impugnó la maternidad de su amiga basada en el art. 242 del CC, toman como cuestiones principales tres ejes, el primero es la identidad

genética de la niña nacida, probándolo mediante el ADN y el consentimiento previo, libre e informado, siendo este último elemento el central que determina la filiación en las TRHA y el interés superior de la niña, siendo perjudicial para la niña mantener vínculo filial con la gestante quien no desea asumirlo. Siendo que esto se presenta como un hecho consumado porque la menor ha nacido mediante las TRHA, es que, va a prevalecer la verdad material donde coincidan la filiación con la realidad jurídica y se solicita que los actores se comprometan a contarle a su hija como fue gestada y su nacimiento.

En el año 2016 ya con el nuevo CCyC en vigencia se dicta un fallo muy importante en esta materia, el cual la solicitante se encontraba imposibilitada de gestar por sufrir una histerectomía total y se le extrae su útero de manera total y parcialmente su cuello uterino, pero no perdió la posibilidad de seguir produciendo óvulos y poder acceder a las prácticas de TRHA. En el caso particular la que se ofrece a gestar es la abuela de su nieto. Luego de que se realizaron todos los estudios médicos y psicológicos para poder comenzar con el tratamiento para implantar el embrión en el útero de la mujer, pero por sus costos no pudieron realizarlo en ese momento. Al tiempo se acercaron nuevamente por el centro médico para realizar el procedimiento, pero el médico les informa que no lo puede realizar la transferencia del embrión por razones bioéticas a mujeres mayores a 50 años todo esto porque la gestante estaba próxima a cumplir esa edad y siendo probable que salga mal se arriesgaron a realizar el procedimiento de igual manera.

La jueza hizo lugar a la realización de la gestación por sustitución y mando a registrar a la niña a nombre de la madre genética y declaró la inconstitucionalidad y anti convencionalidad del art. 562 porque esta norma no reconoce la maternidad de la mujer que manifiesta su voluntad procreacional y tampoco menciona esta práctica dentro de las TRHA, lo que no trae aparejada una prohibición. Por lo que en sus palabras finales la jueza menciona que la voluntad procreacional trae la intención de tener un hijo, darle amor, cuidado y su formación integral dentro de una responsabilidad parental libre y responsable mediante la constitución de una familia de manera libre e informada.

Un fallo reciente del año 2020, se confirma la sentencia de primera instancia desplazando a la gestante y confirmando la filiación con la actora ya que el embrión se

formó con material genético del coautor y de una donante anónima, La menor en cuestión se encuentra incorporada a la familia y donde se le da el trato adecuado y está integrada a sus propias hijas. Otro de los fundamentos de la sentencia es que la Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médicas que regulan las técnicas humanas de reproducción humanas asistidas no pueden establecer requisitos o limitaciones que excluyan debido a la orientación sexual. También se alude al marco constitucional del art. 19, la ley 26.862 y los arts. 558,566 y 575 del CCyC. Si bien el art 562 del CCyC determina que la maternidad mediante las TRHA se determina por el parto. Pero lo que prima como elemento fundamental en estas técnicas es el elemento volitivo más allá de lo genético y biológico.

Por lo que se puede concluir y vislumbrar es que en esta breve reseña que se da es una tendencia en todos los fallos es que se autoriza la filiación de los comitentes y de la madre que presta el consentimiento previo, libre e informado, se le dé a conocer al niño nacido mediante la maternidad por sustitución conozca la forma en la que fue gestado y su nacimiento.

#### *V. Postura de la autora.*

Esta autora en el caso en particular está a favor del voto del Dr. Maqueda, porque en reciente doctrina y jurisprudencia al respecto, sobre la socio afectividad; demuestra que no solo pesa el hecho biológico de ser padres sino la identidad afectiva que tienen las personas, el elegir a sus vínculos más cercanos en base al amor, al tiempo, responsabilidad y dedicación que se le dio al vínculo.

También traigo a colación una innovadora reforma que se incorporó al Código Civil y Comercial de la Nación, la figura del progenitor afin, que su inclusión se trata de mostrar y darle cierta protección a las familias ensambladas, siendo los niños el eslabón más importante a proteger, esta figura se trata de darle reconocimiento a aquellas personas que no tienen lazo biológico en vistas de que se le da deberes y derechos a quien convive y cuida de un menor que no es progenitor ni tiene vínculo sanguíneo; por lo que sería totalmente adecuado brindar seguridad jurídica a quienes tienen un proyecto de familia por la subrogación, ya que ambos institutos protegen los

mismos principios el interés superior del niño y el derecho a formar una familia que se establecen en los tratados internacionales de derechos humanos y poder incluir la maternidad subrogada implicaría tener un derecho de familia más equitativo e inclusivo.

Por lo expuesto y analizado según mi criterio una solución adecuada sería la legislación de este tipo de técnica de reproducción humana asistida, en la que se tenga en cuenta la identidad del niño por nacer y en la vida que va a tener en base a sus vínculos frecuentes, ponderando que este, a medida de su crecimiento, edad y madurez suficientes se le dé a conocer sus orígenes y formas de gestación.

## *VI. Conclusión.*

Para cerrar el análisis de esta sentencia, podemos visualizar que sería contraria a los intereses de los actores y en relación con toda la jurisprudencia aportada, porque en casos similares se hizo lugar a la impugnación de la maternidad de la gestante y se tuvo en cuenta el elemento fundante de este tipo de nacimientos mediante las técnicas de reproducción humanas asistida, siendo el consentimiento previo, libre e informado de las partes. No siendo ajeno a este caso este elemento.

Evidenciando que la falta de legislación en esta materia genera una gran inseguridad e incertidumbre jurídica a aquellas personas que acceden a la maternidad subrogada, en determinados casos los deja frente a un tribunal que va a decidir como en este caso sin tener en cuenta jurisprudencia que fue favorable en una mayoría y sin ser utilizada en toda su extensión de este trabajo debido a la redundancia que provocaría. También trae aparejado que al no ser un instituto legislado diversos sectores se aprovechen de la vulnerabilidad de un sector fundamental que son las mujeres y se lleve a cabo un negocio que podría encuadrar dentro de lo que es la figura de la trata de personas y se use tanto el cuerpo de la mujer como el niño nacido objeto de este “contrato” como una mercancía siendo que esta terminantemente prohibido. Por lo que nuevamente se enfatiza en que lo apropiado sería que se incluya en el articulado de nuestro actual y vigente código o en una ley especial para que no deje librado al arbitrio judicial futuras situaciones de este tipo.

Tampoco se tuvo en cuenta tratados internacionales que expresan el interés superior del niño, el que establece que no se debe vulnerar el estado en el que los menores viven, y estos tienen derecho a vivir en una esfera donde sean protegidos, donde quienes se hagan cargo de su cuidado sean responsables con ellos, situación que era clara en el pedido de los requirentes.

Una situación no menor fue la socio afectividad que tenía el menor con sus padres quienes desde su nacimiento estuvieron presentes para el cuidado y atención del menor por el plazo de 9 años y ellos solo querían que esa realidad que él vivía fuera trasladada a una partida de nacimiento que se adapte a su identidad afectiva y social.

Al confirmar la sentencia de primera instancia la Corte deja en evidencia que no está acorde con los requerimientos familiares que se presentan en nuestra realidad día a día y vulnera los derechos en este caso en particular de un niño al que no se le asigna la identidad con la que se ve reflejado en su entorno y quienes se encargan de su cuidado en su totalidad.

### *Referencias*

#### *Doctrina:*

- Alcain, V. S. (2022). Gestación por sustitución. Cuando la realidad social gesta un cambio legislativo. *Práctica Profesional Derecho de Familia. Filiación en el Código Civil y Comercial N°4*. Dir. Souza V. Ediciones Jurídicas.
- Beloq C (2022). Técnicas de Reproducción asistida. *Práctica Profesional Derecho de Familia. Filiación en el Código Civil y Comercial N°4*. Dir. Souza V. Ediciones Jurídicas.
- Ferrara N. (2022) Impugnación de la maternidad. *Práctica Profesional Derecho de Familia. Filiación en el Código Civil y Comercial N°4*. Dir. Souza V. Ediciones Jurídicas.
- Fernández M.F (2022). La socioafectividad como punto de partida para el reconocimiento de la multiparentalidad. *Práctica Profesional Derecho de Familia. Filiación en el Código Civil y Comercial N°4*. Dir. Souza V. Ediciones Jurídicas.

- Hernández N. (2022). El derecho a la información de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humanas asistida. *Práctica Profesional Derecho de Familia. Filiación en el Código Civil y Comercial N°4*. Dir. Souza V. Ediciones jurídicas.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa, y Lamm, Eleonora: «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», en *La Ley*, 20/9/2010, p. 1 y ss.
- Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723*, Editorial Ministerio de justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año 2015.
- Sagasta, M. J. (2025, 8 de julio). Gestación sustitución / maternidad subrogada. Secretaría de Acceso a la Información Pública. <https://www.saij.gob.ar/maria-julieta-sagasta-gestacion-sustitucion-maternidad-subrogada-dacf250070-2025-07-08/123456789-0abc-defg0700-52fcanirtcod>
- Sanders Bruletti, M. M. (2018, 11 de junio). La maternidad subrogada en la legislación argentina. Una mirada bioética. *Microjuris Argentina al Día*. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacion-argentina-una-mirada-bioetica-2/>
- Suarez Larrabure M. D, Varela D.G., Molina A.M, *Gestación subrogada y los derechos de los niñas y adolescentes*, XXII Congreso Nacional y XII Latinoamericano de Sociología Jurídica: Libro de ponencias, Año 2022.
- Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012). *Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

### *Jurisprudencia*

- CIV 86767/2015/2/RH2 “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”

- CIDH. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.
- Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, “XXX s/ maternidad por sustitución”, 02/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, AR/JUR/90178/2014.
- Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil N°102, “C.F.A. y otro c/ R.S.M.L s/impugnación” de maternidad (18/05/2015)
- Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, (277), Exp. N° LZ-52635-2016, “B.J.D. y otros s/ Materia a categorizar”
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “S.M.D. y otros c/ A.S.S. s/ filiación, (28/08/20)

*Legislación:*

- Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1º de agosto de 2015.
- Constitución de la Nación Argentina (1994) Honorable Congreso de la Nación Argentina.