

Privación de maternidad, biológica y gestacional, solicitada por un varón. ¿El crepúsculo de viejos extravíos?(*)

por EZEQUIEL CARIDE(**)

Sumario: I. EL FALLO. – II. ANÁLISIS DEL FALLO. – III. COMENTARIOS FINALES.

I. El fallo

Una pareja, que expresa su imposibilidad de llevar a cabo la gestación del hijo que desean, peticiona la homologación judicial de un compromiso con una “amiga cercana”, en el cual se prevé conseguir un embrión, fruto de la unión del esperma aportado por uno de los convivientes y un óvulo, obtenido por donación de un banco de óvulos, que sería implantado en el útero de la mujer, para su gestación sustituta.

Asimismo, plantea la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, por atentar contra sus derechos a la libertad reproductiva, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías reproductivas disponibles.

En el trámite del proceso, habiéndose dispuesto las primeras medidas y probanzas, los actores informaron el fin de la relación que mantenían, uno de los accionantes desistió de la voluntad de procrear y el otro demandante manifestó su voluntad de continuar con el proceso, solicitando que el producto de la práctica médica sea registrado como hijo suyo, sin vínculo filial con la gestante.

También se presentó una manifestación de la mujer en el mismo sentido.

En la audiencia celebrada en sede judicial, las partes ratificaron sus posturas, prestando su conformidad la mujer de someterse a un tratamiento de fertilización asistida y ser gestante del futuro hijo.

La magistrada señaló que, en el recorrido de las personas que acuden a las técnicas de reproducción humana asistida para lograr sus anhelos de procreación, convergen derechos merecedores de tutela judicial efectiva, que son una clara derivación del principio pro homine, y el hecho de que la gestación sustituta no tenga regulación legal no puede constituirse en una valla para su acceso, so pena de convalidarse una discriminación vedada por nuestro ordenamiento jurídico.

Además, consideró que resulta misión de la magistratura remover cualquier obstáculo que impida al actor cumplir con el objetivo por el que recurrió a la justicia, en su deseo de conformar, junto a ese hijo ansiado, una familia, dándole operatividad y contenido a los derechos a la libertad, igualdad y no discriminación, a formar una familia, a la libre determinación, y a gozar de los adelantos científicos.

Indicó que el demandante manifestó su voluntad de llevar adelante un proyecto de familia monoparental, asumiendo la decisión de criar lo que la mujer gestará, una vez implantado el embrión concebido in vitro, producto de un gameto femenino de una donante anónima y su propio material genético.

Incluso, citó un fallo que sostuvo que la gestación por sustitución es la técnica más inclusiva, porque habilita otras posibilidades para quienes desean intervenir en los procesos reproductivos y no encajan en la lógica “biologicista”, “geneticista”, “binaria” y “heteronormativa”, indicando así una miscelánea de materias diferentes de modo peyorativo⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El DERECHO: *Inconstitucionalidad del proyecto de fecundación artificial por violentar la identidad de los niños*, por JORGE N. LAFFERRIERE y LEONARDO L. PUCHETA, ED, 245-115; *La maternidad determinada por acuerdo de partes*, por MERCEDES ALES URÍA, ED, 245-1054; *Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la existencia del embrión humano comienza con la fecundación del óvulo. Rechazo de patentamiento biotecnológico*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 245-566; *Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones criopreservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia*, por ANA LIA G. PASTORE, ED, 245-50; *Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del Código Civil y del principio constitucional de razonabilidad*, por CATALINA ÉLSA ARIAS DE RONCHIETTO, URSULA C. BASSETT y JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 245-72; *¿Qué es la fecundación artificial?*, por VIRGINIA PERERA, ED, 245-1223; *El embrión humano ¿es un ser humano?*, por SIRO M. A. DE MARTINI, ED, 245-1130;

Reconoció que, a diferencia de la mayoría de los supuestos arribados a la justicia, en el caso en juzgamiento todavía no se produjo la gestación ni el nacimiento, sino que se acude a la vía judicial para obtener una autorización a fin de iniciar los mecanismos necesarios para que el actor sea considerado progenitor, conforme a la voluntad expresada en tal sentido, unida al consentimiento de la mujer que llevará adelante el embarazo.

Rememoró la redacción del artículo 562 del Anteproyecto realizado para reformar el Código Civil y la recomendación de la Comisión de Identidad y Filiación en las XXV Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca, en el sentido de la urgente reglamentación, conforme a los lineamientos del Anteproyecto mencionado, concluyendo la magistrada que resulta claro que actualmente existe una laguna legislativa con relación a la figura analizada.

Señaló que nuestro ordenamiento jurídico adoptó una posición abstencionista en relación a la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, es decir, que la silenció, sin prohibirla ni regularla. Aunque reconoció que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación establece una regla, atribuyendo el carácter de progenitora a quien da a luz, sin distinción ni salvedad alguna, que no permite subsumir en la condición de progenitor a quien ha manifestado su voluntad de serlo y aportó su material genético.

Con apoyo en los informes de la representante del Ministerio Público Fiscal, el Equipo Técnico Multidisciplinario y de la terapeuta del actor, hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, porque consideró vulnerado el principio de igualdad y de no discriminación, al resultar un obstáculo a la operatividad de la voluntad procreacional del requirente como fuente de filiación, y de la falta indudable de componente volitivo en la gestante para adquirir derechos y obligaciones, en definitiva, que carecía la mujer de deseo de ser madre del nacido.

¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, por SILVIA MARRAMA, ED, 245-1251; *¿La ley debería imputar la condición de progenitor del niño al científico o a la pareja que le encargó a este su generación artificial? (La responsabilidad civil de los científicos en la generación artificial de seres humanos)*, por PEDRO JOSÉ MARÍA CHIESA, ED, 245-1277; *La patria potestad y la decisión de transferencia de embriones criopreservados en caso de separación de los padres*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, EDFA, 24/-26; *El interés superior del niño “congelado”*, por ALEJANDRO C. MOLINA, ED, 246-681; *¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?*, por GABRIEL MAZZINGHI, ED, 248-831; *La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil*, por CATALINA ÉLSA ARIAS DE RONCHIETTO y JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 248-1024; *Análisis del proyecto de ley con media sanción sobre técnicas de fecundación artificial*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 248-921; *Importante sentencia de la Cámara de Apelaciones de Córdoba en resguardo del derecho fundamental a la inviolabilidad de cada vida humana. Con peculiar precisión, la sentencia delata la infiltración en la cuestión, de violenta estrategia ideológica: la equiparación del embrión humano con la expresión “Unmensch”*, por CATALINA ÉLSA ARIAS DE RONCHIETTO y LUIS MARÍA CALANDRIA, ED, 253-119; *La Argentina, próxima a la sanción de una ley de fecundación artificial que permite la destrucción de embriones humanos*, por MARÍA INÉS FRANCK, ED, 260-911; *Proyecto de ley permisivo de la investigación y descarte de embriones humanos*, por SILVIA MARRAMA, ED, 261-623; *La protección de la vida de los embriones criopreservados*, por EDUARDO A. SAMBRIZZI, ED, 265-162; *Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia*, por CATALINA ÉLSA ARIAS DE RONCHIETTO y MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, ED, 278-915; *¿Es constitucionalmente válida la doble filiación? Comentario a la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata recaída en los autos “C., M. F. y otro”*, por DANIELA ZABALETA, ED, 282; *La doble paternidad en la filiación por naturaleza (Una sentencia que le da la espalda al régimen legal de la filiación)*, por JORGE A. MAZZINGHI, ED, 290. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Trabajo perteneciente al Proyecto Ius 2019/2021, “Discrecionalidad judicial en materia filiatoria, con especial referencia a los casos de maternidad subrogada”, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

(**) Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA). Especialista en Derecho de Familia (PUCA). Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Rosario (UNR). Doctorando en Ciencias Jurídica (PUCA). Profesor de posgrado e investigador, Facultad de Derecho, PUCA.

(1) Tribunal Colegiado de Instancia Única Civil de Familia, 5º Nombración, Rosario, causa “I., C. V. y otros s/ autorización judicial”, del 15.9.2021.

Destacó el interés superior del niño por nacer, en cuanto a su identidad, que se asegura, según su entender, con un marco legal de protección, que brinde seguridad jurídica y garantice una filiación acorde a la realidad volitiva, citando, en dos oportunidades, un aporte doctrinario que señaló que el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de personas que desearon fervientemente su existencia, superando dificultades de todo tipo⁽²⁾.

También, citó otro fundamento doctrinario, que destacó la existencia de un derecho a la gestación por sustitución, que surgiría de la *combinación* en nuestro sistema de fuentes jurídicas, de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Artavia Murillo vs. Costa Rica”, del 28.11.2012, y “Fornerón vs. Argentina”, del 27.4.2012), la ley 26.682 y el decreto reglamentario 956/13, en pos de evitar cualquier forma de discriminación y sin que se tenga que acreditar una situación de infertilidad patológica para su acceso⁽³⁾.

Sustenta que si quien podría nacer va a ser legalmente considerado hijo de quien solo tiene voluntad gestacional, la injusticia del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta patente, pues será tenida por madre quien no quiere serlo ni tiene nexo genético, y no será padre/madre quien sí quiere serlo desde siempre y además es su real progenitor.

Todo ello justificaría, según la magistrada, que quien nazca con vida se registre solamente como hijo del varón solicitante, y que este sea el único autorizado para tomar cualquier tipo de decisión sobre el recién nacido (entre ellas, su retiro del hospital/sanatorio), toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizará como progenitor, ya que el consentimiento informado en la institución médica resultará la causa fuente de la filiación, que hará nacer en cabeza del requirente los derechos y obligaciones de la responsabilidad parental.

Además, el fallo impuso al solicitante un compromiso de hacer conocer a su hijo su origen gestacional, con ajuste a su edad y grado de madurez, y hacer saber a la institución médica correspondiente que deberá mantener reservada la documentación relacionada con la causa, para que se encuentre disponible en caso que lo requiera el progenitor o el futuro hijo.

Por último, de oficio, la magistrada le reconoció al varón solicitante el goce de una licencia laboral de igual período, que la legislada por las leyes laborales y/o convenios colectivos para el caso de la mujer que da a luz, en atención a la falta de previsión legal y a los principios de igualdad y no discriminación, interés superior del niño y derecho a la vida familiar, por los requerimientos y disponibilidad que el ejercicio paterno implicarán para el cuidado del recién nacido y la importancia para los vínculos del primer trimestre de vida.

II. Análisis del fallo

El pronunciamiento se adentra en la temática compleja de la maternidad subrogada, es decir, en la utilización de una mujer para gestar, con material genético propio o sin este, un hijo para otros, previo un acuerdo de subrogación, en el cual intervienen, ordinariamente, centros sanitarios y otros intermediarios, que estructuran las modalidades del servicio reproductivo.

Parece necesario un breve análisis sobre aspectos que, estimo, fueron inadecuadamente planteados por la decisión judicial.

En primer lugar, en la sentencia se afirman dos conclusiones sistémicas que resultan contradictorias; señaló, por un lado, la existencia de una laguna legislativa en torno a la figura de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, para, posteriormente, concluir con la necesidad de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, porque, de lo contrario, lo peticionado por el actor debería ser rechazado.

Evidentemente, si hay una laguna legislativa sobre la temática no tiene sentido invalidar constitucionalmente normativa alguna. Por el contrario, si existe una legislación que resulta necesario declarar inconstitucional, en el caso concreto, carece de asidero sostener el vacío de

regulación en la materia, para luego habilitar parámetros de discrecionalidad judicial cuestionables, como el apoyo en anteproyectos, un sector doctrinario o casos internacionales anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que diferían, además, en su objeto litigioso.

Recuérdese que, en la diferencia señalada emerge una contradicción que no aparece resuelta en forma apropiada, habida cuenta de que quedan expuestas dos bases normativas distintas para la solución del mismo conflicto⁽⁴⁾.

Al mismo tiempo, resulta llamativa la omisión de toda referencia o análisis de la legislación extranjera⁽⁵⁾, jurisprudencia internacional⁽⁶⁾ y numerosos aportes doctrinarios⁽⁷⁾ que postulan un criterio contrario a la legitimidad de la figura de la gestación sustitutiva o que ponen serios reparos por los abusos y servidumbres que en la práctica suceden, desentendiéndose la sentencia de numerosas fuentes jurídicas, en tal sentido.

Esa circunstancia, por sí sola, arroja un manto de arbitrariedad al momento de realizar el proceso de subsumir los hechos del caso en las normas vigentes, por falta de coherencia argumentativa, que degrada el supuesto derecho a la gestación por sustitución que intenta garantizar la sentencia judicial⁽⁸⁾.

En la motivación de la sentencia resulta imprescindible una argumentación donde se expliciten razones que autoabastezcan la resolución, de manera que se pueda comprobar un uso adecuado de las facultades jurisdiccionales, y no que, por el contrario, devino el decisorio en un precipitado pronunciamiento arbitrario, incongruente con la finalidad de la labor judicial⁽⁹⁾.

Sumado a ello, el artículo 588 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que, en la relación materno filial con origen en las técnicas de reproducción humana asistida, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad que surge por el hecho del parto. Por lo que el punto de partida de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico vigente resulta el vientre de la madre, al que le sigue la voluntad procreacional del otro progenitor.

En segundo término, de las pautas suministradas en la parte dispositiva de la sentencia aparece, llamativamente, en estos tiempos de sensibilización en cuestiones de violencia contra la mujer, un amparo judicial a la voluntad omnímoda de un varón que desea tener un vínculo filial *exclusivo* con un niño, y el ejercicio *excluyente* de los derechos de la responsabilidad parental, como se preveía en nuestro derecho pretérito⁽¹⁰⁾.

En consonancia con la prevalencia de la potestad masculina que sustenta la decisión judicial, resulta atinente

(4) CSJN, Fallos 297:280, “González Chaves”.

(5) Como los casos, entre otros, de España, Italia y Francia, donde se encuentra prohibida.

(6) TEDH, casos “Paradiso y Campanelli vs. Italia”, del 24.1.2017, La Ley, 13 de marzo de 2017, p. 6; y “Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia”, del 18.5.2021, entre otros.

(7) Sambrizzi, Eduardo A. “Correcto rechazo a un reclamo de maternidad subrogada”. El Derecho, 22.2.2021 y 23.2.2021; Ales Uría, Mercedes. “Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (DFyP), 4.6.2021, p. 73; Gómez, J. L. “Cuestiones de la identidad y del emplazamiento filiatorio de un niño nacido por gestación por sustitución”. *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, 2019-79; Basset, Ursula C. “La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe Oficial de la Asamblea General de la ONU”. La Ley, 2018-E-728; Pastore, Analía G. “Maternidad subrogada: Análisis jurídico de una problemática actual”. Conferencia pronunciada en el Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2018. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar>; Marrama, Silvia (2020). “Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada”. Erreius. Temas de *Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*; Albert, Marta. “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. Cuadernos de Bioética XXVIII, 2º, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid, 2017, pp. 177-197; Starópoli, María del Carmen. “Incidencia de nuevas modalidades de la esclavitud infantil en contextos de pobreza”, *elDial.com* - DC2829, 2019; Magariños Blanco, Victorio. “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”. Artículo publicado en AA. VV. (Sambrizzi, E. A. –Director–). *Estudios de Derecho Civil año 2020*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley 2021, entre muchos otros.

(8) Marrama, S. E. (2018). “Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia”. *Revista República y Derecho*, Volumen III. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar>.

(9) Sosa, Gualberto L. “Recaudos constitucionales para una sentencia válida. Contenido y motivación”. *Jurisprudencia Argentina* 1981-III-781.

(10) “La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres...” (art. 264 Código Civil –texto originario–).

(2) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora. “Regulación de la gestación por sustitución”. La Ley, 10 de septiembre de 2012, LA LEY 2012-E, 960. Cita digital: TR LALEY AR/DOC/4747/2012, p. 1.

(3) Gil Domínguez, Andrés. “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”. *DFyP* 2015 (diciembre), p. 237.

recordar las palabras del emperador corso: “La mujer es una verdadera propiedad del hombre, pues la naturaleza la ha hecho su esclava. Le es dada al hombre para que le haga hijos”⁽¹¹⁾.

Para conseguir el deseo masculino, se utiliza el aporte genético de una mujer *que se mantiene en el anonimato* y se contrata la gestación y trabajo de parto de otra mujer, a la que se le exige, mediante un contrato, un “servicio altruista” *sin vínculo jurídico posterior y comunicacional con el hijo*, y privando, anticipadamente, al niño por nacer de genealogía, relación y lactancia materna.

En los considerandos, llamativamente, se lee en el informe del Equipo Auxiliar Multidisciplinario, que se advirtió el *deseo consolidado* de paternidad del solicitante, y que la mujer decide *acompañar* el proyecto de paternidad *del señor (sic)*, continuando firme en la decisión de *gestar el hijo para él*.

Aun cuando, en el mismo dictamen, se observó en el futuro padre ciertas limitaciones para enfrentar duelos y registrar procesos de cambio. Incluso, del diálogo con *el varón solicitante* en la audiencia celebrada en la causa, en el que surgió que cuenta *con el apoyo de su madre* en el proyecto iniciado (*sic*).

El poder judicial no debería estar al servicio de lo que señala un médico psiquiatra actual como “incultura de la inmadurez afectiva”, donde los adultos reaccionan con miedo o desasosiego ante los compromisos personales y terminan con obsesiones laborales y vidas narcisistas, donde se buscan una y otra vez a sí mismos, en lo efímero e intrascendente, y terminan pensando solo en sí mismos y en una idolatría de su yo⁽¹²⁾.

Por otra parte, en el contacto con *la gestante*, sin patrocinio letrado propio, solamente se indicó que comprendía los alcances y que quería seguir con la práctica reproductiva, y en relación a sus hijos biológicos, que fueron informados y comprendieron las implicancias de la gestación que se trata.

Pero, de la mujer, no aparecen considerados en la sentencia: i) informes socio ambientales y psicológicos; ii) estudios médicos que avalen la inexistencia de riesgos para ser gestante; iii) entrevistas a su grupo familiar; iv) evaluación de sus apoyos y cargas familiares; v) ingresos, medios de vida y acervo patrimonial; vi) características y antigüedad de la “amistad cercana” que une supuestamente a las partes; vii) análisis de los gastos y perjuicios que le acarrearán el embarazo y si se encuentra previsto algún tipo de retribución por ello, su naturaleza y alcances; y, viii) incidencias vinculadas a posibles beneficios laborales, como licencia por maternidad o asignación familiar por nacimiento.

Además, el compromiso previo y manifestaciones de la gestante en la causa, en el sentido que no le otorguen vínculo filial ni el ejercicio de la responsabilidad parental con el niño que gestará y dará a luz, resultaron declaraciones inválidas, en atención a que el estado de familia, entre otros caracteres, es irrenunciable, salvo en las excepciones legalmente previstas, e indisponible, por lo que no se puede transmitir a un tercero por estar fuera del comercio⁽¹³⁾.

En el mismo orden de ideas, no puede resultar susceptible de homologación el acuerdo presentado con la solicitud de autorización judicial porque, de conformidad con nuestra legislación civil vigente, se estaría ante un objeto prohibido, como ser la entrega de un niño⁽¹⁴⁾, y donde se otorgaría, además, una suerte de derecho anticipado de exposición o abandono, sin permitir posteriormente al niño impugnar o reclamar la filiación “convenida” por los adultos.

En definitiva, el principio de indisponibilidad del estado familiar, al postular la existencia irrenunciable de un tercero, aparece como garante de la identidad del hijo.

Por último, la esencia y alcances del principio de igualdad y no discriminación sostenidos con reiteración en el fallo en favor del accionante resulta injustificado en la situación del caso, ya que, ante todo, existe una inevitable distinción, por no tener aptitud natural el varón para ges-

tar y dar a luz un hijo⁽¹⁵⁾, y, por otro lado, porque la causa de la denegación de la filiación solicitada es consecuencia de la aplicación de la ley, y no por distinciones de “género”. En efecto, con una mujer no gestante que solicitara lo mismo, la solución habría sido la misma.

Lo que es peor, en el pronunciamiento no se evalúa la discriminación que sufrirá el futuro niño, con relación a la privación de su identidad, tanto biológica, al vedarle, en principio, la posibilidad de indagar acerca de su realidad genética materna, como de sus orígenes, pues no permite un vínculo jurídico ni de comunicación familiar con la mujer que lo cuidó en los comienzos de su vida⁽¹⁶⁾; tampoco se tiene en consideración la pérdida de la protección especial para la madre que prevé la legislación, durante el período de lactancia, para garantizar condiciones dignas en la crianza de su hijo⁽¹⁷⁾.

La concepción de los derechos individuales que se manifiesta en el pronunciamiento, olvida que del reconocimiento constitucional de los derechos no resulta un mandato de optimización, sino, fundamentalmente, de armonización con los diversos problemas humanos y sociales con los que se relaciona, para llegar a una solución justa y equitativa en la cuestión judicializada⁽¹⁸⁾.

Recuérdese que se debe rechazar todo criterio hermenéutico del que resulte que un derecho, de base constitucional, para que pueda tener vigencia, requiera, inevitablemente, de la sustancial aniquilación de otro⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, sobre el derecho individual a procrear y formar una familia que se sostiene en la sentencia, tiene dicho en los últimos años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los instrumentos internacionales protectorios no garantizan un derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, y que el derecho a la vida privada familiar no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de la familia⁽²⁰⁾.

Por ser todo ello así, se muestra en el pronunciamiento una resolución favorable a la petición del futuro padre, que contrasta con el desinterés en descartar, en las circunstancias del caso, posibles situaciones que afectan el orden público, con menoscabo a los derechos fundamentales de la mujer y el futuro hijo.

III. Comentarios finales

En conclusión, de la sentencia surge la intención de permitir el acceso al demandante a las técnicas de reproducción asistida para lograr la paternidad, mediante el auxilio de una mujer gestante, que no tendría derechos familiares sobre el futuro hijo.

En síntesis, se tutela una postura potestativa de la relación paterno filial, que ignora la alianza complementaria del origen humano y avala viejos desvaríos de poderes paternos, sin ligazón, amistad esponsal ni asistencia recíproca con una mujer y su tradición, dignidad y presencia cotidiana.

La voluntad procreacional del varón, que se toma en la sentencia como dato relevante de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida; ante el hecho elemental del embarazo, debe adecuarse inevitablemente a la aparición de un tercero, sin profanar la indisponibilidad del “otro”, que se encuentra al margen del pensamiento y decisión del demandante y al que no cabe prescindir de sus atributos de personalidad humana y derechos fundamentales.

Se priva la humanidad del futuro hijo, al privarlo de su vínculo materno filial.

VOCES: BIOÉTICA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DERECHOS HUMANOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - SALUD PÚBLICA - FAMILIA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - ADOPCIÓN - MENORES - CONTRATOS - FILIACIÓN - MATRIMONIO - ORDEN PÚBLICO - PATRIA POTESTAD - PODER LEGISLATIVO - REGISTRO CIVIL - REGISTRO DE LAS PERSONAS

(15) Zannoni, Eduardo A. *Género, Derecho y Justicia*. La Ley, 2013-B-1009.

(16) Urbina, Paola A. “La voluntad procreacional como causa fuente de discriminación”. *Doctrina Judicial* del 19.11.2014, p. 18.

(17) Artículo 18, ley 26.061.

(18) Santiago, Alfonso. “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, en Fundación Konrad Adenauer, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XX, Bogotá, 2014, pp. 289-314.

(19) CSJN, Fallos 251:86, “Morano”.

(20) TEDH, caso “Paradiso y Campanelli vs. Italia”, del 24.1.2017, párr. 141, La Ley, 13.3.2017, p. 6.

(11) Palabras atribuidas a Napoleón Bonaparte, citadas en Sampedro, Arturo E. “El hijo testigo en el divorcio de los padres”. *Jurisprudencia Argentina – Doctrina* – 1970, p. 385.

(12) Rojas, Enrique. *Todo lo que tienes que saber sobre la vida*. Espasa, Barcelona, 2020, pp. 59-62.

(13) Sambrizzi, Eduardo A. *La Filiación en el Código Civil y Comercial*. La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2016, p. 9.

(14) Juzgado de Familia N° 7, Viedma, causa “Reservado s/ autorización judicial”, del 31.3.2021, Revista de Derecho de Familia 2021-V-193.

Reproducción Asistida:

Técnicas de reproducción humana asistida: gestación por sustitución; solicitud de homologación judicial; tutela judicial efectiva; voluntad procreacional; atribución de la maternidad. **Constitución Nacional:** Art. 562 del CCCN; declaración de inconstitucionalidad.

1 – *En el recorrido de las personas que acuden a las TRHA para lograr su anhelo de paternar/maternar/ahijar convergen un sinnúmero de derechos merecedores de tutela judicial efectiva. Así, el derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio pro homine, deben ser el eje central del tratamiento de la cuestión. Ello así, por cuanto la singularidad de las circunstancias que llevan al peticionante a articular esta acción permite concluir que, siendo titular de todos los derechos que sumariamente se enumeraron, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde, como se dijera, una obligada perspectiva pro homine– constituirse en un valladar para el acceso a esta TRHA, so pena de convalidarse –además– un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2º), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 11, 17, 24, 29).*

2 – *Es responsabilidad judicial remover cualquier obstáculo que impida al solicitante de una gestación por sustitución cumplir con el objetivo por el que recurrió a la Justicia, en su deseo de conformar, junto a ese hijo ansiado, una familia. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente la CIDH.*

3 – *Procede declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN en el caso de marras, ya que impide la operatividad del funcionamiento de pleno de la gestación por sustitución, en cuanto le otorga el rol de madre a la persona que da a luz.*

4 – *La gestación por sustitución gestacional es una figura compleja, que genera muchos planteamientos, no solo jurídicos, sino también éticos, y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano “mater semper certa est”, que reconoce la maternidad a quien da a luz, poniéndola en crisis, toda vez que el avance de la tecnología y las ciencias han quebrado la mentada certeza, por ende, quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional.*

5 – *Si bien, en virtud del principio mater certa est, correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. La llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida, es la típica fuente de creación del vínculo.*

6 – *Hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento. M.A.R.*

61.062 – Juzgado de Familia de 5º Nominación de Córdoba, octubre 29-2021. – P. B. R. - T. V. s/solicita homologación.

Córdoba, veintinueve de octubre de dos mil veintiuno

Y Vistos: Estos autos caratulados “P. B. R. - T. V. - SOLICITA HOMOLOGACIÓN (EXPTE.)” de los que resulta que: 1) Con fecha 12.03.2020 comparecen R. P. B., F.

W. y V. T. junto al letrado F. C. y peticionan se homologue el acta de compromiso presentada (sic) conforme sus términos. Dejan planteada la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, por entenderlo atentatorio de sus derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Expresan que, ante la imposibilidad de llevar adelante la gestación (por parte de los dos primeros de los nombrados) la gestación por otra mujer (Sra. V. T.) se convierte en la única Técnica de Reproducción Humana Asistida idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad (art. 24 CADH) y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD. Citan jurisprudencia, legislación y doctrina que entienden aplicables al caso. Refieren que R. y F. son pareja hace cuatro años, teniendo siempre en miras formar una familia, y criar un hijo. Que habiendo conocido la figura de la gestación por sustitución, V., una amiga cercana a la pareja, luego de analizarlo, les manifestó que “...sería un acto hermoso el de ayudarlos a cumplir su tan ansiado sueño, por lo que les ofrezco mi pancita para ser la cunita de su hijo...”. Que, luego de ello, “...nos realizamos los estudios médicos concernientes para determinar la fertilidad de los espermatozoides de R., y la aptitud física de V. para portar el embarazo, teniendo en cuenta que los óvulos serán donados (banco de óvulos)...”. Describen el procedimiento médico a seguir conforme la técnica a utilizar (Fertilización mediante ICSI). “...cabe destacar, que en la particularidad del caso presentado ante SS, el embrión sería obtenido con el espermatozoides aportado por uno de los Padres Intencionales (R.), y un óvulo obtenido a partir de un banco de óvulos, este embrión formado de a partir de la unión de los mencionados gametos será posteriormente implantado en el útero de la Gestante Sustituta (V.), conformándose así la práctica de la Gestación por Sustitución...”. Cita los fundamentos jurídicos y principios aplicables al caso. Ofrecen prueba: Documental. Hacen reserva del Caso Federal. 2) Admitida formalmente la pretensión se ordena dar intervención a la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia y a Catemu a fin de que practique una amplia encuesta socioambiental en el domicilio de los pretensos progenitores e informe interdisciplinario de todos los peticionantes. Asimismo se fija audiencia a fin de tomar contacto personal con las partes. Previo a la misma, las partes hacen saber al Tribunal que R. y F. han terminado la relación que mantenían como proyecto conjunto y “... Que atento a lo antes manifestado el Sr. F. W. manifiesta que **desiste de la voluntad de procrear** conforme hubiese manifestado tanto en el acuerdo de voluntades acompañado como en los distintos actos de este proceso. Que la Sra. V. T. y el Sr. P. se notifican por medio del presente escrito del desistimiento manifestado por el Sr. W. ... El Sr. P. manifiesta su voluntad de continuar con el procedimiento ratificando el acuerdo de voluntades oportunamente acompañado solicitando que atento el desistimiento del Sr. W. se lo autorice a continuar con la Gestación por Sustitución y que oportunamente el/la menor producto de tal práctica sea registrado como hijo/a suyo (pero sin vínculo filiatorio ni para con el Sr. W. ni para con la Sra. T.). Por su parte, la Sra. T. manifiesta su voluntad de continuar con el proceso... Reitera su voluntad de ser gestante del futuro hijo/a del Sr. P., solicitando que por todo lo expuesto el futuro menor sea inscripto como hijo/a del mismo sin otorgarle vínculo filiatorio ni para con ella ni para con el Sr. W. ...”. 3) Corrida vista de lo manifestado a la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia, esta expresa: “... entiendo, conforme lo relacionado precedentemente, que prima facie no existe óbice para la continuación del proceso en los términos solicitados, siendo necesario para dictaminar en definitiva sobre el punto (la prosecución de los presentes) que se realice un estudio multidisciplinario por el Catemu, a fin de evaluar el impacto de la nueva situación en el reclamo contenido en autos, y que luego de dicho estudio, se corra nuevamente vista a la suscripta...”. 4) Efectuados dichos estudios, se corre nuevamente vista a la Representante del Ministerio Público Fiscal, quien, con fecha 22.04.2021 expresa que “...Teniendo en cuenta el informe social y psicológico realizado, este Ministerio Público Fiscal nada tiene que observar respecto a la readecuación solicitada y a la prosecución de la acción

entablada por parte del Sr. P. B. y la Sra. T. Sin perjuicio de ello, conforme lo informado por el CATEMU, se solicita que el Sr. P. B. realice tratamiento terapéutico debido a las conclusiones que emanan del equipo técnico, lo que deberá acreditar en el transcurso del proceso. Asimismo, solicita que de hacerse lugar a la readecuación formulada, se recarauten los presentes autos, suprimiéndose al Sr. F. W. ...". 5) Por proveído de fecha 22.04.2021 se fija audiencia a fin de tomar contacto personal con las partes y se hace saber al Sr. R. P. B. sobre lo peticionado en relación a la terapia a realizar. 6) La audiencia se celebra con fecha 01.09.2021, encontrándose presente las partes, su letrado y la Sra. Fiscal de Familia, María Angélica Jure de Obeide y las integrantes del CATEMU intervinientes, Licenciadas Liliana Vázquez y Julieta Domínguez. "... Abierto el acto por S.S., luego de explicado el objetivo y los alcances de la presente acción, se concede en primer término la palabra a la Sra. V. T., quien presta su conformidad a someterse a un tratamiento de fertilización asistida y ser gestante del niño/a por nacer. Concedida la palabra al Sr. R. P. B., ratifica su voluntad expresada en el escrito de fecha 14/12/2020. Lo que oído por S.S: dijo: I) Téngase presente el consentimiento prestado por los comparecientes. II) Atento la novedad de la cuestión y a los fines que se expida la Sra. Fiscal de Familia del planteo de inconstitucionalidad, córrase traslado por cinco días a la Sra. Fiscal de Familia...". 7) La Sra. Fiscal de Familia evacúa con fecha 01.09.2021 el traslado corrido. 8) Dictado el proveído que ordena "Autos". Queda la causa en estado de ser resuelta.

Y Considerando: I) Los presentes llegan a estudio a fin de resolver la petición de R. P. B. y V. T. por la que solicitan se homologue el acuerdo al que arribaran, en razón del cual convienen que la Sra. V. T. gestará, mediante TRHA un embrión formado con material genético masculino aportado por R. P. B., siendo el gameto femenino de donante anónima (ovodonación). Así, peticionan que quien nazca sea inscripto/a, como hijo/a de la persona comitente (R.), quedando de esa manera establecida su filiación y sin establecer vínculo con la gestante (V. T.). Para ello solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, todo conforme fuera relatado en la relación de la causa, que doy aquí por reproducidos *brevitatis causae*.

II) El CCCN incorpora como fuente de filiación, a más de la filiación por naturaleza y la adopción, a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 558 CCCN), cuestión impensada en tiempos de Vélez Sarsfield, siendo ostensibles los avances de la ciencia en esta materia, permitiendo a una multiplicidad de personas concretar sus proyectos parentales.

III) La gestación por sustitución es una especie dentro del género de las TRHA, que, en suma, permite que una mujer geste en su útero un hijo y que luego su filiación sea atribuida a otra persona en función de la voluntad procreacional del comitente y la ausencia, como en el *sublite*, de voluntad procreacional de la gestante y nexo biológico entre esta y la persona nacida mediante el uso de la técnica. Es decir, encontramos una disociación entre tres elementos o factores que pueden coincidir o no en el acto de la procreación: el factor genético, el factor gestacional y el factor volitivo o socioafectivo. "...La gestación por sustitución gestacional es una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos, y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano *"mater semper certa est"*, que reconoce la maternidad a quien da a luz, poniéndola en crisis, toda vez que el avance de la tecnología y las ciencias han quebrado la mentada certeza, por ende, quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional..." (H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas. Tribunal Colegiado de Familia N° 7 (Rosario) 05.12.2017).

V) [sic] El art. 562 del CCCN establece que "...los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos". "Dentro del abanico de posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción

medicamente asistidas el Código Civil y Comercial sólo se detuvo en aquella en que la gestante, a la postre, será la progenitora del hijo nacido luego de llevar adelante el embarazo. Pero pasó por alto, y pese a reconocer la validez del matrimonio y de las uniones convivenciales entre personas del mismo sexo, que resulta biológicamente imposible que puedan llegar a tener hijos en común o generar descendencia si no es por vía de la adopción..." (A., M. T. Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACIÓN. Juzgado Familia Primera Nominación, Auto Número Seccientos noventa y ocho, de fecha 06.08.2018).

IV) [sic] En el *sublite*, R. ha manifestado su voluntad de llevar adelante este proyecto de familia monoparental, asumiendo su decisión de paternar al hijo/a que voluntariamente gestará V., una vez implantado extracorpóreamente el embrión (producto de la unión de un gameto femenino de una donante anónima y su propio material genético). Se ha materia, permitiendo a una multiplicidad de personas concretar sus proyectos parentales. dicho que "...la gestación por sustitución es el más inclusivo al habilitar otras posibilidades cuando quienes desean intervenir en estos procesos no encajan en la lógica biologicista, geneticista, binaria y heteronormativa... Se trata de una práctica que se despliega en un escenario de proliferación de nuevas estructuras familiares facilitadas, por un lado, por la propia evolución de las sociedades hacia una mayor aceptación de familias homoparentales y monoparentales, en tanto que por otro, influyen en los avances y la popularización de la tecnología reproductiva manifestada en la posibilidad de acceder a diversas TRHA..." ("I., C. V. Y OTROS S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL. TRIB. COLEG. INST. ÚNICA CIVIL DE FAMILIA – 5° NOM. ROSARIO, 15.09.2021).

VI) En este encuadre, resulta que en el recorrido de las personas que acuden a las TRHA para lograr su anhelo de paternar/maternar/ahijar convergen un sinnúmero de derechos merecedores de tutela judicial efectiva. Así, el derecho a la libertad, igualdad, no discriminación, derecho a formar una familia, derecho a la libre determinación, a gozar de los adelantos científicos, entre otros derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, y que son una clara derivación del principio *pro homine*, deben ser el eje central del tratamiento de la cuestión. Ello así, por cuanto, la singularidad de las circunstancias que llevan al peticionante a articular esta acción me permite concluir que, siendo titular de todos los derechos que sumariamente se enumeraron, el hecho de que la técnica de gestación por sustitución no tenga una regulación legal específica (aunque se encuentre implícitamente incluida en la ley 26.862) no puede –desde, como se dijera, una obligada perspectiva *pro homine*– constituirse en un valladar para el acceso de R. a esta TRHA, so pena de convalidarse –además– un acto de discriminación de los expresamente vedados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1; 2; 4; 5; 11; 17; 24; 29). Es responsabilidad de la suscripta, en el marco de este pronunciamiento, remover cualquier obstáculo que impida a R. cumplir con el objetivo por el que recurrió a la Justicia, en su deseo de conformar, junto a ese hijo ansiado, una familia. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de tutela judicial efectiva, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente la CIDH.

VII) Razonado lo precedente, corresponde en primer lugar expedirme acerca de la petición y, fundamentalmente, sobre el pedido de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN. Para ello habré de apoyarme en el dictamen de la Representante del Ministerio Público Fiscal, en el informe que CATEMU (Equipo Técnico Multidisciplinario del Fuero de Familia) y en los informes de la terapeuta de R. P. B.

SOBRE EL PEDIDO EFECTUADO, la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia, Dra. Angélica Jure, manifiesta "...Resulta insoslayable considerar si el pedido de **inscripción del niño por nacer como hijo del padre intencional**, resulta objetivamente proponible. En este derrotero, *prima facie*, debe examinarse si los peticionantes ostentan la debida legitimación sustancial activa. Se trata de constatar si los impetrantes están habilitados para

acudir al procedimiento judicial y requerir se remuevan los obstáculos que, en el sistema legal vigente, les impide acceder a la plena operatividad de la voluntad procreacional (en especial la previsión del art. 562 del CCCN, que tiene por progenitora a quien da a luz). En definitiva, se intenta la remoción de dicha cortapisa, para lograr el reconocimiento de calidad de progenitor legal del niño/a por nacer, y, como contrapartida, la no atribución de dicho carácter a la gestante...". Sobre el acuerdo acompañado, entiende que "...la homologación debe restringirse sólo al reconocimiento de los consentimientos prestados al efecto como prueba relevante... El propio pedido judicial se limita a recabar el consentimiento allí contenido, y otorgarle virtualidad o no como una de las fuentes de la filiación, esto es la voluntad procreacional. Así se ha señalado por quienes incluso son proclives a la admisión de esta figura, que: "Un trámite judicial donde se persiga la convalidación de un proceso de gestación por sustitución podrá verificar la existencia de cuestiones atinentes a la legalidad formal (ej. la observancia del consentimiento informado por parte de la gestante) **pero no podrá inmiscuirse en asuntos atinentes a la intimidad de las personas al igual que le derecho se abstiene de intervenir en los planes de vida de las parejas heterosexuales que deciden procrear.** Quizás este sea un tema a ser revisado en futuras decisiones jurisdiccionales en la materia." (Gil Domínguez, Andrés: La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano, Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015, el énfasis me pertenece). En el estado actual legislativo, no puede delegarse al órgano judicial, dilucidar, aspectos personalísimos del acuerdo arribado, ello no obsta a calibrar la manifestación de la voluntad allí contenida, como antecedente válido, para otorgarle plena operatividad a la voluntad procreacional que se pretende en el caso: **la voluntad del padre intencional de ocupar el lugar de progenitor legal, incluso aportando el material genético, llevándose a cabo en el caso a través de la ovodonación...**". Dictamen al que adhiero. En cuanto a los peticionantes, el informe presentado con fecha 20.04.2021, actualizando el realizado con fecha 05.10.2020 (en función de los cambios operados) por las Lic. de CATEMU intervinientes, L. V. (Trabajadora Social) y J. D. (Psicóloga) da cuenta que: "...A partir de las intervenciones realizadas, es posible advertir el deseo consolidado de paternidad del Sr. R. P. B., el que se halla privilegiado por encima del duelo por la pérdida de su pareja; por su parte, la Sra. T. decide acompañar el proyecto de paternidad del señor, continuando firme en la decisión de gestar el hijo para él. Dada la inferencia en el Sr. P. B., de ciertas limitaciones para enfrentar duelos y registrar procesos de cambio, se sugiere que reciba tratamiento psicológico en caso de que se lleve adelante el proceso de gestación por sustitución, atento las exigencias emocionales y las transformaciones que implica este proceso, que hoy lo lleva a asumirlo en una nueva configuración familiar, con una modalidad monoparental". Por su parte, la Lic. N. M., profesional tratante de R., señala que se ha trabajado satisfactoriamente en distintos aspectos relacionados con la emocionalidad, los vínculos, capacidad de cuidado y compromiso; manteniéndose firme en su voluntad de continuar con el proceso de gestación por sustitución. "...Se focaliza el acompañamiento terapéutico en comprender con mayor amplitud las experiencias personales y familiares de vida, como fuente indispensable de afrontamiento y resolución de posibles conflictos. Se valoran los ofrecimientos de acompañamiento y asistencia del entorno familiar y vincular cercano, así como también de los conocimientos y acompañamiento de profesionales con los que el usuario comparte espacios de trabajo, con quienes es posible acudir a su expertés sobre determinados temas que aparecen como inseguridades (cuidado de un recién nacido, organización de las rutinas, seguridad, etc.). Junto a lo anterior, se mantiene la apreciación que el usuario se encuentra con estabilidad en sus relaciones interpersonales y en equilibrio en el dominio de la afectividad, con autodependencia en las decisiones e interdependencia en las interacciones con otras personas de su entorno significativo...". Lo expresado guarda relación con lo manifestado por las partes en oportunidad de la audiencia llevada a cabo a fin de tomar contacto personal con ellas, oportunidad en que pudieron explayarse respecto al fin perseguido, mostrando firme convicción en orden al conocimiento, comprensión

y dimensión que tienen del procedimiento y las implicancias de la decisión.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 CCCN. Prosiguiendo el análisis, resulta necesario expedirme sobre si corresponde o no hacer lugar al pedido de Inconstitucionalidad peticionado por las partes. En dicho sentido, adelanto opinión en el sentido que debe hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN en el caso de marras, adhiriendo en un todo a los fundamentos vertidos por la Sra. Fiscal al respecto, quien, luego de expedirse sobre la procedencia temporal y formal de dicha petición, menciona que "...De la lectura del libelo, se advierte que las partes han invocado la violación o vulneración de variados derechos constitucionales, con especificación puntual de la repercusión y la entidad de esta en el caso concreto. Por ende, en este examen liminar formal, aún sin desconocer el principio en el que se apoya el Estado de Derecho: **estar a la validez del sistema legal**, en el caso, conforme examinaré infra, del análisis de los derechos que se dicen vulnerados en relación a las normas atacadas, se deriva un gravamen con virtualidad suficiente para examinar el planteo de invalidación impetrado. ...La existencia de "caso" –por su parte– implica que exista un sujeto que reclame el control constitucional en función de verse "perjudicado" o "agraviado" de un modo "suficientemente directo" o "substancial" por la normativa opugnada (Conf. CSJN, Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147, entre muchos otros). Es lo que se conoce con el nombre de "interés de obrar"... Por aplicación de tales lineamientos a la especie, se evidencia la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, etc., que, conforme surge de la documental, de la prueba incorporada a la causa y el contacto directo con las partes involucradas (comitente y gestante). En definitiva, estimo que la normativa tachada conculca en forma "actual", "real" y "concreto" los derechos mencionados, y pone de relieve un agravio serio y de entidad que habilite el control de constitucionalidad propiciado. De tal guisa, se encuentra **configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto**, y toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última ratio del ordenamiento jurídico, a la que sólo debe acudir en casos extremos de probada disconformidad con la Ley Fundamental, a juicio de la suscripta, este capítulo del planteo de inconstitucionalidad merece ser acogido. Es que si bien en la especie, **la particularidad estriba en que, a diferencia de la mayoría de los supuestos arribados a la justicia, no se ha producido la gestación, ni el nacimiento de un niño, se acude a la vía judicial para requerir la autorización y puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que, peticionante (el cual aporta material genético) sea considerado como progenitor conforme la voluntad expresada en tal sentido, unido al consentimiento de la persona que llevará adelante el embarazo.** Es que debido a la falta de regulación, se solicita el reconocimiento de la voluntad procreacional, como fuente de filiación, práctica que consiste en engendrar un hijo con material genético del comitente, acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

SOBRE LA PROCEDENCIA SUSTANCIAL DE LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. Justificada las cuestiones formales que habilitan el control constitucional, ingresaré a considerar si la norma impugnada resulta o no inconstitucional. Se trata, de un caso de gestación por otro, es decir del supuesto en el cual la mujer se compromete a gestar un niño con material genético de tercero, en el caso quien asume ser el del niño por nacer ha expresado su voluntad procreacional siendo el aportante del material genético. Dado que la Gestación por sustitución (en adelante GS) no está prevista en la legislación fonal, se acude al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, han aportado su material genético. Subsunción esta que, actualmente, conforme la norma opugnada –art. 562 del C.C. y C.N.–, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño. La maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (madre subrogada también es la madre genética, ya que sus pro-

pios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante que puede ser conocido o no, como es la propia la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial y la gestacional (la concepción tiene lugar a partir del óvulo diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente, pero si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada o bien una donante anónima). Dado que la maternidad subrogada gestacional disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada: fecundación “in vitro”, seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes (VELA SÁNCHEZ, A. J., “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, LL nro. 7608, sección “Doctrina”, del 11 de abril de 2011, págs. 1 y 2)... Con la convicción que la GS, se erige en una TRHA, examinaré las contingencias legislativas en torno a la figura, y verificaré si existe o no una auténtica laguna normativa y, en todo caso, si la vía judicial impetrada es idónea para integrarla en el caso concreto.

SOBRE LAS VICISITUDES EN LA REGULACIÓN DE LA GS. Se impetra que el Juez, integre el vacío de regulación de la GS, declarando al efecto inconstitucional la norma que impide la operatividad del funcionamiento de pleno de dicha práctica médica (art. 562 del CCCN, en cuanto le otorga el rol de madre a la persona que da a luz). A fin de evaluar si la normativa resulta contraria al plexo constitucional, se impone recalcar en la arraigada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual se sostiene que la misión más delicada de la justicia, es que esta se mantenga dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar, ni ingresar a las funciones que incumben a otros poderes. En este derrotero, la Corte Suprema de Justicia, previene acerca de que, el avance de un poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (Arg. Fallos: 155:248; 241:291 (Voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 252:288 (Voto del Dr. Araoz de Lamadrid); 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 (Disidencia del Dr. Belluscio); 310:112, 1162 (Voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayat), 1401 (Disidencia del Dr. Fayat); 311:2580, 253; 312:156 (Voto del Dr. Fayat) y 1725 (Disidencia del Dr. Belluscio); 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18)...

También nuestro Máximo Tribunal Provincial ha señalado al efecto que: “En la interpretación y aplicación de la ley cuestionada debe tenerse presente un principio liminar en el que se apoya el estado de derecho, y es el favorable a su validez”... “La declaración de inconstitucionalidad constituye una de las más delicadas funciones que deben asumir los órganos judiciales y siendo la última ratio del orden jurídico, sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la constitución, si no es removiendo leyes de rango inferior” (CNCiv., Sala M, 21-2-97 in re: “Testa c/ Iaies de Berkowski” en LL 1998 B, pág. 51, entre muchos otros). Por su parte, si bien el examen jurisdiccional de la constitucionalidad de una ley, es prescindente de su acierto político último, no resultan dissociables en la valoración de las normas, la apreciación de la realidad social o de la idea de justicia. Desde tal óptica, la verificación de su congruencia con la ley suprema, no puede prescindir del examen de la justicia intrínseca de la ley: se reivindica para la judicatura la facultad de aplicar la fórmula de razonabilidad, debiendo tenerse presente que “razonable” es “lo axiológicamente válido teniendo presente las circunstancias del caso” (Peyrano-Chiappini, “El proceso atípico”, t. 3, p. 44 y ss.), sin que esto signifique ingresar en el ámbito de la oportunidad o mayor o menor conveniencia de las normas tachadas de inconstitucionales, lo cual no es propio de este Órgano, pues hacerlo invadiría ámbitos de competencia específica, conculcando de tal modo el sistema republicano de división de poderes, consagrado en la Constitución Nacional. En este orden, no es ajustada a derecho la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En el Estado de derecho se debe buscar el equilibrio “en su caso, siempre

que se respete el límite externo de la juridicidad” (conf.: CS del 19.10.95, Doctrina Judicial, 1996-1-940). **En el caso, por ende, debe ponderarse si existe realmente una laguna legislativa, y si el Juez, en su eximia labor de intérprete, está autorizado en el caso a suplirla o si ello sería avanzar sobre potestades legisferantes que no le son permitidas en la especie. Estimo que, tal como ha sucedido en otros precedentes, la materia resulta judicial, pues estamos ante un supuesto concreto que no ha sido previsto por el legislador, pero tampoco ha sido proscripto expresamente.** A tal fin, constituye un dato insoslayable examinar si la figura ha obtenido, o está en vías de obtener, el reconocimiento legal que se busca hoy ante el órgano judicial. Surge así, que en el Anteproyecto realizado por la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, la figura se encontraba regulada en el Libro Segundo (“Relaciones de familia”), Título V (“Filiación”), Capítulo 2 (“Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), art. 562. Así se permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. La filiación quedaba 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. Se disponía que el juez debía homologar sólo si, además de los requisitos que prevería la ley especial, se acreditaba 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) el material genético será aportada por el comitente; d) el comitente posee 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 veces; h) la gestante ha dado a luz, cuatro hijos propios. La justificación de tales exigencias, en palabras de los redactores, “contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa”. El quitado art. 562 proyectado decía: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las personas 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 acredite 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) que el comitente 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 veces. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”. En definitiva, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. Por último, en las XXV Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el mes de octubre de 2015, la Comisión de Familia dedicada a “Identidad y Filiación” se refirió a la figura de la gestación por subrogación. Por unanimidad, la Comisión entendió que la figura, aunque no regulada está permitida y se requiere su urgente reglamentación conforme el lineamiento contenido en el artículo 562 del Ante Proyecto. En este sentido, la Comisión se manifestó a favor de la especial protección de la persona gestante y la necesidad de garantizar al niño o niña así alumbrado el acceso al expediente judicial en el que hubiere tramitado la determinación de su filiación. **Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa, y que por diferentes razones, su regulación no salió a la luz, estando nuevamente el asunto en la agenda para lograr su efectiva inserción.**

SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA GS EN EL PLEXO NORMATIVO. Al efecto se reconocen tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. Sin duda, a partir de las reformas realizadas al Proyecto de Reforma 2012 que dieron origen al Código Civil y Comercial de la Nación recientemente entrado en vigencia, nuestro país adoptó una posición abstencionista. No acuerdo con aquellos que entienden que su exclusión implicó prohibirla. Todo lo contrario, la quita de la figura implica que el legislador, a diferencia de otras vigentes en el derecho comparado (v. g. España), la silenció... Expuestas estas cuestiones, ingresaré a determinar si se justifica o no la declaración de inconstitucionalidad.

NORMATIVA OPUGNADA. En este marco, el artículo (562 CCCN) refiere la introducción de este tipo de filiación (TRHA), coherente con el esquema fijado en el código al efecto, atribuyendo derechamente el carácter de progenitora a quien da a luz, sin distinción, ni salvedad alguna. Refieren los impetrantes que la regla así consagrada viola los derechos relacionados supra. Lo determinante en el caso, es que la materia constitucional que nos ocupa, que atañe al Derecho de Familia, **no puede ser juzgada en abstracto, sino que puede y debe ser juzgada en concreto** (Cfr. Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, 12.05.05, L.C.F., por la menor A. M. G. c/ A. C. A. G. P. A. C. p/ Filiación/ inc. Casación). **Retomando el supuesto de autos, se extrae de la prueba documental, el contacto personal, y los estudios interdisciplinarios el siguiente cuadro fáctico:** “A partir de las intervenciones realizadas, es posible advertir el deseo consolidado de paternidad del Sr. R. P. B., el que se halla privilegiado por encima del duelo por la pérdida de su pareja; por su parte, la Sra. T. decide acompañar el proyecto de paternidad del señor. **El peticionante, Sr. P. B. (en adelante comitente) ha acompañado el acta de compromiso llevada a cabo con la gestante. Como ya se ha expresado, dicho convenio es relevante en cuanto al reconocimiento de la voluntad procreacional del comitente y el compromiso de la Sra. T. Con fecha 6/10/2020, se acompaña el Informe realizado por el CATEMU del cual se desprende la posición altruista de la Sra. T. y su deseo de no tener más hijos propios. Con fecha 02/02/2021, se incorpora segundo informe del CATEMU solicitado por la suscripta atento al desistimiento formulado por el Sr. W., del que surge que: continuando firme en la decisión de gestar el hijo para él. Dada la inferencia en el Sr. P. B., de ciertas limitaciones para enfrentar duelos y registrar procesos de cambio, se sugiere que reciba tratamiento psicológico en caso de que se lleve adelante el proceso de gestación por sustitución, atento las exigencias emocionales y las transformaciones que implica este proceso, que hoy lo lleva a asumirlo en una nueva configuración familiar, con una modalidad monoparental”. **Del informe anterior se desprenden ciertas dificultades por parte del Sr. P. B. para enfrentar la separación con su pareja y se sugiere tratamiento psicológico, el cual fue acreditado en autos por medio de 4 informes presentados por su psicóloga, Lic. N. M. M.P. Con fecha 9/06/2021, se incorpora el primer informe del que surge: “A partir de las entrevistas realizadas, se advierte expresamente por el usuario el firme deseo de paternidad, sostenido a pesar del paso del tiempo, el cambio en las circunstancias, y la disolución de la relación de pareja”. Finalmente, el informe acompañado con fecha 27/08/2021: “Se valora que el usuario se encuentra estable en lo referido a sus relaciones interpersonales y en equilibrio en el dominio de la afectividad, con autodependencia en las decisiones e interdependencia en las interacciones con otras personas de su entorno significativo. Con patrones de interacción saludable, flexibles y armónicos”. **En conclusión, puede visualizarse el avance logrado por el Sr. P., que se encuentra emocionalmente fortalecido para llevar a cabo su proyecto de familia monoparental. Por otra parte, surge que la práctica médica se realizará con el aporte genético del Sr. P. B. y donación anónima de óvulos (ovodonación), con el fin de que el comitente asuma, en base a la figura de la voluntad procreacional, la condición de progenitor del niño/a por concebir y sea inscripto como tal. De esta manera, el niño/a no tendría vinculación genética con la gestante (Sra. T.). Expuestas así la situación de autos, circunscribiéndome al dicho supuesto, entiendo que en el caso, la citada norma resulta inconstitucional por vulneración o violación de diferentes dere-******

chos y garantías de neto corte constitucional. Doy razones: Se vulnera en primer lugar, el **principio de igualdad y de no discriminación**, consagrado en el art. 16 de la C.N., al obstar que para el caso de la TRHA nominada GS, cobre operatividad de la voluntad procreacional como fuente de filiación. La voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación, supone la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o ajeno, aunque acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Es precisamente lo que sucede en el caso de autos, en el cual, las partes acuden a la vía judicial **para hacer efectivo el reconocimiento preventivo de una filiación**, que, atento la letra del art. 562, se encuentran impedidos. Cierto es que en materia de filiación no existe una única verdad, sino que hay muchas: la afectiva (verdadero padre es el que ama), la biológica (los lazos de sangre), la sociológica (que genera la posesión de estado), la de la voluntad individual (del que quiere ser padre o madre), la del tiempo (que vivifica y refuerza el vínculo con cada nuevo día) y que al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social y afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana, mas todas ellas reciben suficiente tutela por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3° del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2°, Constitución Provincial), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 253, 255 y concs., Código Civil; 1°, 2°, 3°, 5°, 11 y concs., ley 26.061; 1°, 4° y concs., ley 23.511; etc.)”. Sup. Corte Bs. As., LP C 92539, sent. del 17/6/2015). La voluntad procreacional, “reside centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quien haya aportado los gametos para su concepción”. (RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, cit., comentario al art. 462 por GONZÁLEZ MAGAÑA, pág. 349). Asimismo, si bien en virtud del principio Mater certa est correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. La llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo. ...En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados. (cfr. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, Fecha: 15/12/2015, partes: C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento, Publicado: RDF 2016-III, 113 con nota de Francisco Cotado). **Conforme estas consideraciones, estimo, que en el presente caso, el art. 562 del CCCN, resulta inconstitucional por violación al principio de igualdad, atento impedir que el proceso gestacional, incluido en la categoría de TRHA, GS, la atribución del carácter de progenitor del Sr. R., P. B., e impida la atribución a la gestante Sra. V., T. en los términos del art. 562 del CCCN...** Destaca que debe valorarse el interés superior del niño por nacer, en cuanto a su derecho a la identidad. “...El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una naciona-

lidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Asimismo, el art. 8 estipula que: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. El interés superior del niño se asegura con un marco legal de protección, que “brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva” (Tratado de Derecho de Familia según el CCyCN de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora: Tomo II, art. 590 a 593, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 526). El interés superior del niño, como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 5 (2003), es un principio rector que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar en todas las medidas que adopten, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan (párr.13)... Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY, 10/09/2012, p. 1)...”. **Violación al principio de reserva y la libre determinación para acudir a la GS.** Asimismo, cobran valor en el caso, las consideraciones destacadas en el trabajo del Dr. Gil Domínguez, sobre el fallo dictado, en un caso análogo, por la magistrada V. Vittori, destacando la existencia de un derecho a la GS, aplicando la fuerza normativa de la Constitución, los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y la condiciones de vigencia dinámicas directas e indirectas emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” y “Fornerón vs. Argentina”). Señala el autor, que la magistrada construyó los contornos y contenidos del derecho a la gestación por sustitución mediante la invocación directa y operativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” y “Fornerón vs. Argentina”) respetando la lógica de funcionamiento y validez de la fuente externa invitada a compartir la supremacía constitucional y convencional argentina a efectos de interpretar los alcances de la ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 26.682) y que la combinación dentro de nuestro sistema de fuentes de los casos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” y “Fornerón vs. Argentina” con la Ley 26.682 más el decreto reglamentario 956/2013 remite directamente a la existencia de un derecho a la gestación por sustitución en pos de evitar cualquier forma de discriminación y sin que se tenga que acreditar una situación de infertilidad patológica. (Gil Domínguez, Andrés, “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”, Publicado en: DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 237, Cita Online: AR/DOC/4217/2015). **Estimo conforme los citados fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales, en el caso que se trata, la cortapisa del art. 562 del CCCN, torna inconstitucional la directiva legal, debiendo declararse como tal.**

SOBRE LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL EVITANDO SUBTERFUGIOS Y PRÁCTICAS FUERA DEL SISTEMA LEGAL. Es importante resaltar que hasta tanto no exista una ley que regule el derecho a la gestación por sustitución, es positivo que los procesos que se desarrollen en Argentina sean judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento... Asimismo, no es que la presente autorización, de así calibrarlo S.S., implique alentar los pedidos, sino solo otorgar una respuesta al presente, si, como entiendo resulta digno de tutela jurídica.

SOBRE LO ACONTECIDO EN LA AUDIENCIA CELEBRADA EN LA CAUSA. En oportunidad de di-

cho acto, el comitente ratificó la petición incoada, con el consentimiento de la gestante. Asimismo, al dialogar con el Sr. P., manifestó que cuenta con el apoyo de su madre en el proyecto iniciado. De otro costado, expresó que, en orden a informar la realidad biológica a su hijo/a, buscará ayuda profesional para llevarlo a cabo. Del contacto mantenido con la gestante se desprende que comprende los alcances y quiere seguir adelante con la práctica médica. En relación a sus hijos biológicos, manifiesta que fueron informados y que comprenden las implicancias de la gestación que se trata...”.

VIII) En consecuencia, conforme los argumentos vertidos, la norma del art. 562 del CCCN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a R. P. B. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, concretar su deseo de paternar, mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, **que el art. 562 del CCCN resulta inconstitucional en el caso de autos.** Repárese que, sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCCN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia que a la persona humana nacida mediante una TRHA y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, es hija de la persona que dio a luz. Esta Magistrada está llamada así a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras el Poder Judicial debe ejercer de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana” (cfr. “Almonacid Arrellano y otros y otros vs. Chile” Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). A mayor abundamiento, cabe señalar que, analizado el artículo en cuestión (562 CCCN) a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22 y teniendo en consideración las especiales circunstancias que rodean a esta causa y a la luz de los principios de no discriminación, de igualdad, de realidad, derecho a formar una familia, tutela judicial efectiva e incluso el interés superior del niño, considero, **que el artículo 562 del CCyCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad**, como ya se dijera. En efecto, si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CCCN es patente: será tenida por madre –por el hecho del parto– quien no quiere serlo, ni tiene nexos genéticos con el/la/s niño/a/s y no será padre/madre quien si quiere serlo, desde siempre, y además, es su real progenitor. Y es que si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable. Si R. P. B. ha solicitado la intervención judicial a los fines de que quede preventivamente determinada la realidad filiatoria del niño por nacer, es para obtener la seguridad jurídica de que, en este caso por aplicación del art. 562 del CCCN, no se llegará a convalidar la ficción legal de tener por madre a quien lo/a/s dará a luz y nunca tuvo la voluntad procreacional que la definiera en su función materna. Aun cuando al tiempo del dictado de esta sentencia no se encuentra siquiera realizada la práctica médica de TRHA, en razón de la cual exista persona en gestación, la eficacia de esta decisión judicial radica justamente en dejar esclarecido preventivamente no solo los derechos, y el alcance de los mismos, respecto de cada una de las partes que participarán del procedimiento que

aquí se autoriza, sino también del/a/s niño/a/s que habrá/n de nacer en su consecuencia, evitándose la eventual vulneración que una falta de pronunciamiento en orden a la determinación de su filiación pudiera provocarse. Una actitud abstencionista sobre esta cuestión importaría una clara denegación de justicia para quienes reclaman que la verdad jurídica de la filiación, desde el mismo inicio de la práctica médica se ajuste a la realidad biológica y volitiva de su progenitor y, por tanto, así sea registrado. Lo que justifica que el/la/los hijo/a/s que nazca sean legalmente inscripta/o/s registrada/o/s, documentada/o/s como hijo/a/s de R. P. B. desde el mismo instante del nacimiento, disponiéndose que –desde igual momento– es éste el único autorizado para tomar cualquier tipo de decisión sobre el/a/s nacido/a/s (consentimientos médicos, retiro [una vez producida el alta médica] del establecimiento donde haya de tener lugar el nacimiento, etc.) toda vez que ello se enmarca en el ejercicio de los derechos que titularizará como progenitor. Siendo que la voluntad procreacional de R. P. B. ha sido claramente manifestada en el marco de la entrevista mantenida a fin de tomar contacto personal (y ello sin perjuicio del consentimiento informado que habrá de prestar ante la institución médica en los términos y alcances de los arts. 560 y 561 del CCCN) es la causa fuente de la filiación por TRHA, dicho elemento volitivo es el que hace nacer en cabeza de aquel los derechos y obligaciones propios de la responsabilidad parental, sumado al hecho de que, en ese caso, es quien aportará los gametos masculinos. Como afirma reconocida doctrina “...el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método y recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)” (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa; Lamm Eleonora; *Regulación de la gestación por sustitución*, La Ley, 10/09/2012, p. 1). Las juristas Kemelmajer de Carlucci – Herrera – Lloveras sostuvieron que: “La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA” (*Tratado de Derecho de Familia - Tomo nº II - Rubinzal-Culzoni - Pág. 509*).

IX) Respecto del pedido de R., considero importante acompañarlo en este proceso, puesto que, el respeto por el derecho a la vida privada, a la autodeterminación y libertad reproductiva, el derecho a la intimidad y, como sostiene el Dr. Dutto, en el fallo supra citado (“I., C. V. Y OTROS S/ AUTORIZACIÓN JUDICIAL”. TRIB. COLEG. INST. ÚNICA CIVIL DE FAMILIA - 5ª NOM. ROSARIO, 15.09.2021) “...el derecho a la procreación, como una manifestación del derecho a formar una familia...”, merecen una especial tutela, por cuanto, la concreción de esos derechos, significará el nacimiento de una nueva familia, la de R. y su hijo/a/s, única e irrepetible, que les permitirá desarrollarse y crecer en un marco de igualdad y progresividad de derechos fundamentales. Repárese que la Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas medio-asistenciales de reproducción médicamente asistida contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad y/o maternidad y a formar una familia, núcleo primordial de toda sociedad humana, reconocidos por nuestra constitución nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

X) Teniendo en cuenta que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma ha sido producto de una TRHA, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia nacional, aún antes de la entrada en vigencia del CCCN, cuando sostuvieron que: “el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo” (Fallo del 18 de junio de 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Ci-

vil Nº 86, dictado en autos “N.N. o DGMB s/Inscripción de nacimiento), corresponde expedirme afirmativamente en cuanto a autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud encargado de la realización de la práctica, ante el que deberá prestar el comitente el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CCCN, e inscribir luego en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. V. T., DNI ... como hijo de R. P. B., DNI ..., puesto que no existe vínculo biológico con la Sra. V. T. ni existe en ella una voluntad procreacional, siendo en cambio su voluntad solo la de llevar adelante el embarazo (gestar).

XI) Añado que la utilidad de fallos como el presente deviene de su carácter preventivo y garantista, por la evitación de cualquier conculcación a los derechos humanos de las partes y de quien/es pudiere/n nacer. Sobre este particular la jurisprudencia afirma que: “...en ese marco de protección, los jueces revestimos el carácter de garantes de los Derechos Humanos y debemos acudir en su defensa cuando se vean sustancialmente perturbados... La declaración de inconstitucionalidad de una norma no es más que su inaplicación en el caso concreto, en que se evidencie la notoria injusticia que conllevaría el apego irrestricto al texto legal...” DRES. VALLS DE ROMANO NORRI - ROJAS. (CÁMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 1 - N.A.R. Vs. R.L. S/ FILIACIÓN - Nro. Sent: 199 Fecha Sentencia 16/04/2018). Postergar un pronunciamiento en orden a la determinación de filiación en este caso, con todas las implicancias señaladas vendría en una irresponsabilidad funcional de quienes estamos llamados a remover todas las barreras que impidan una concreta satisfacción de todos los derechos humanos y, en especial, del interés superior del/a/s niño/a/s que vayan a nacer de esta TRHA de gestación por sustitución.

XII) Dicho esto, resulta oportuno señalar que el/a/s niño/a/s tienen derecho a conocer su realidad de origen, en este caso, su origen gestacional (arts. 7 y 8 CPD y arts. 11 y 13 ley 26.061). Conocer esta información se fundamenta en la calidad de sujetos de derecho que tendrá/n el/a/s que llegará/n a nacer (arts. 2 y 3 CDN). “El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los otros de respetar la verdad personal y la historia que cada cual proyecta...” (cfr. CNCiv. Sala G. C. R. c/ C. P. E. del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970). En este caso, el peticionante deberá asumir el compromiso de hacer conocer al/a/o/s niño/a/s, su origen gestacional, debiendo proporcionarse la información pertinente con ajuste a la edad y grado de madurez de su/s hijo/a/s. Oportuno resulta señalar lo expresado a este respecto por la jurista Eleonora Lamm: “...el principio es que los niños que nacen en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tienen derecho a saber que han nacido gracias al uso de esa técnica y tienen, también, derecho a conocer la identidad de la gestante. Por esto es que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial y a cualquier otro expediente que deberá conservarse a cualquier efecto...” (cfr. *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*. Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio 2012). Es por ello que, inherente a la obligación de R. de hacer conocer al/o/s niño/a/s sobre su origen gestacional de acuerdo a su capacidad progresiva, resulta la obligación de la institución de mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s/ niño/a/s.

XIII) Por último, entiendo oportuno dejar establecido que, siendo R. P. B. quien paternará de manera unilateral al pequeño/a/s recién nacido/a/s, conformando de esta forma una familia monoparental, y tomando en consideración que “...el principio de la vida, especialmente en el primer trimestre, es el período en el que se establece el primer vínculo, la primera forma de relación, y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño...” (Muñoz, Encarna: “El principio de la vida: La trascendencia de los primeros meses de vida” – Ed. Vergara - 2021) y atento que, conforme el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna, corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la

igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”, frente a la falta de previsión legal, y atento los principios *supra* referidos (*igualdad, no discriminación, interés superior del niño, tutela judicial efectiva, derecho a la vida familiar, progresividad, etc.*) entiendo corresponde garantizar a esta familia el goce de igual período de licencia laboral para R. que la legislada para el caso de la mujer que da a luz, conforme la LCT y/o los Convenios Colectivos de Trabajo respectivos. Ello así, por cuanto el eje rector que lleva a resolver esta cuestión –en este caso– se centra principalmente en procurar una concreta satisfacción al interés superior del/a/s niño/a/s, tal como lo ordena el art. 3 de la CDN al establecer que “...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales..., una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Ahora bien, dicho mandato exige una ponderación de las singulares circunstancias de cada caso a fin de dotar de contenido real lo que habrá de constituir la satisfacción del interés superior del niño. “El/la/lo/s hijo/a/s tiene/n derecho/s a ser cuidado/a/s por sus progenitores desde el mismo momento de su nacimiento puesto que ese contacto personal, directo e íntimo será fecundo a la construcción, desarrollo y fortalecimiento del vínculo paterno/materno filial”. “El interés superior del niño debe ser entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática que presenta cada caso” (A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN s/ CASACIÓN, SENTENCIA 4 de octubre de 2004, SUPLENTE TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RÍO NEGRO, Sala CIVIL). De ello se deriva que, lo que mejor informa al interés de los involucrados, atendiendo al principio de la realidad y considerando los requerimientos y disponibilidad que el ejercicio de la función de paternar y los cuidados que requiere un recién nacido/a/s, es que corresponde, reitero, otorgar esta licencia (art. 177 de la LCT) a R. P. B. A los efectos aquí establecidos, deberá informar ello tempestivamente a sus empleadores, de conformidad a la ley laboral y de seguridad social que los rige en cada caso.

XIV) Costas: Atento la naturaleza de lo peticionado, las costas se imponen por el orden causado. No regular honorarios al letrado interviniente, a *contrario sensu* de lo dispuesto por el art. 26 del Código Arancelario. Por todo lo expuesto,

Resuelvo: 1) AUTORIZAR a R. P. B., DNI ... como comitente y a la Sra. V. T., DNI ... en calidad de gestante, a realizar la técnica médica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, debiendo concurrir a prestar su consentimiento informado ante el Instituto médico que corresponda. HÁGASE SABER que el consentimiento deberá efectuarse en la forma y oportunidad establecida por los arts. 560 y 561 del CCCN. 2) DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, en este caso concreto de gestación por sustitución, de conformidad a lo expuesto en los Considerandos respectivos. Por lo tanto, DEJAR DETERMINADO que la filiación del/a/s niño/a/s que haya/n de nacer a consecuencia de la práctica médica autorizada en el punto 1 de esta resolución será/n hijo/a/s de R. P. B., DNI ... quien deberá informarle/s, oportunamente y con ajuste a su edad y grado de madurez, su origen gestacional. A esos efectos, HÁGASE SABER a la institución interviniente que deberá mantener reservada toda la documentación correspondiente a la práctica médica realizada a fin de que se encuentre disponible cuando lo requiera el progenitor y/o el/a/s niño/a/s, cuando hubiera/n alcanzado la mayoría de edad o antes de ello, si conforme a su edad o grado de madurez así correspondiera. 3) DISPONER que toda la documentación vinculada a la identidad del/a/s niño/a/s, desde el mismo instante de su nacimiento, consigne como progenitor al Sr. R. P. B., DNI ... Asimismo, se dispone que la inscripción que corresponda realizar en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas se efectúe de conformidad a lo normado por el 559 del CCCN. 4)

ORDENAR que el único autorizado al retiro del/a/s niño/a/s del hospital/sanatorio, luego de su/s nacimiento –y alta médica mediante– será su progenitor, R. P. B. 5) DEJAR ESTABLECIDO, con relación a la licencia laboral (en función del nacimiento), que R. P. B. habrá de gozarlas conforme la establecida por la LCT y/o Convenios Colectivos de Trabajo para la mujer que da a luz, en este caso, desde el mismo día del nacimiento del/a/s niño/a/s. Todo de conformidad a lo considerando XIII) de la presente resolución. 6) Imponer las costas por el orden causado. 7) No regular honorarios al letrado intervinientes (art. 26 *contrario sensu* C.A.). Protocolícese, hágase saber y dese copia. – *Mónica S. Parrello.*

Daño Punitivo:

Configuración: arts. 52 bis y 8° bis de la LDC; marco de aprehensión.

1 – Cabe imponer a la aseguradora accionada una multa por daño punitivo, pues de los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 52 bis y 8° bis de la LDC. Ello es así ya que, por un lado, la desatención injustificada en el cumplimiento del contrato por parte de la demandada y el silencio guardado frente a los reclamos del actor constituyen un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia establecida en el primero de los artículos citados y, por otro lado, porque la actitud desaprensiva de la defendida colocó al accionante en un derrotero de reclamos y, finalmente, la obligó a promover la presente acción judicial, todo lo cual vino a dilatar de modo injustificado e innecesario la solución del entuerto, configurando una trasgresión al segundo de los artículos mencionados que exige un trato digno al consumidor.

2 – La lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no solo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables. R.C.

61.063 – CNCom., sala F, noviembre 30-2021. – D., I. N. c. Paraná S.A. de Seguros s/ordinario.

En Buenos Aires a los 30 días del mes de noviembre de dos mil veintiuno, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “D. I. N. C/ PARANÁ S.A. DE SEGUROS S/ ORDINARIO” EXPTE. N° COM 31233/2018; en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctora Tévez, Doctor Lucchelli y Barreiro.

El Dr. Rafael F. Barreiro no interviene en el presente acuerdo por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Se deja constancia que las referencias de las fechas de las actuaciones y las fojas de cada una de ellas son las que surgen de los registros digitales del expediente.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 332?

La Sra. Juez de Cámara Dra. *Alejandra N. Tevez* dice:

I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

a. A fs. 9/19 I. N. D. inició demanda contra Paraná Sociedad Anónima de Seguros (en adelante, “Paraná”) por incumplimiento de contrato más daños y perjuicios, a fin de obtener el cobro de la suma de \$ 642.160, con más intereses y costas.

Inicialmente invocó su calidad de consumidor y la aplicación de la normativa consumeril al caso.

Relató que el 24/11/2017 su vehículo Fiat Fiorino dominio ... fue sustraído de la vía pública ante lo cual formuló la respectiva denuncia en la comisaría Los Pinos.

Refirió que el vehículo se encontraba al momento del hecho amparado bajo la póliza n° 4652570 emitida por Paraná, razón por lo cual formuló la denuncia administrativa el 02/12/2017 y se presentó en dicha compañía solicitando el pago de la suma de \$ 143.000.

Agregó que informalmente le indicaron desde la compañía que no responderían a su pedido por no haber contratado el servicio de localización; y que sólo abonarían la mitad de la suma asegurada. Calificó a esta posición como violatoria de la LDC y sobre ello se exployó.

Explicó que inició la correspondiente mediación, sin resultado, y que agotó el plazo de prescripción e inició la demanda.

Arguyó que como la demandada guardó silencio debiendo expedirse en el plazo de treinta días desde la denuncia del siniestro correspondía presumir el reconocimiento de su obligación.

En virtud de ello, encontrándose vencido el plazo de la L. Seg. 56, resultó evidente su maniobra para eludir su obligación de dar cobertura por el robo del rodado.

Agregó que toda la situación además de causarle un perjuicio patrimonial, le produjo un gran daño moral causado por la falta de información, la exigencia de ventas atadas, etc. Reclamó por este rubro la suma de \$ 60.000.

Solicitó el reconocimiento de privación de uso sosteniendo al efecto que utilizaba el automóvil para ir a trabajar, a la casa de sus familiares y para disfrutar de los fines de semana.

Estimó el rubro en la suma de \$ 5.000 mensuales desde el momento en que la compañía entró en mora hasta la demanda, concluyendo en el importe de \$ 55.000.

Pidió la aplicación del daño directo previsto en la LDC. 40 bis que valuó en \$ 134.160 y daño punitivo por la suma de \$ 200.000.

Practicó liquidación de su reclamo del cual resulta el importe de \$ 642.160 con más intereses a la tasa activa, actualización monetaria y costas.

Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba.

b. A fs. 134/148, Paraná contestó demanda. Reconoció la vigencia del seguro al momento del siniestro y su instrumentación mediante la póliza 4952570, la extensión de la cobertura, la suma máxima asegurada estipulada en \$ 143.000 y el rechazo de la cobertura respecto al siniestro de autos.

De seguido, formuló una negativa genérica y luego pormenorizada de los hechos.

Sostuvo que resulta de aplicación primaria la ley de seguros siendo la LDC aplicable solamente en caso de lagunas del derecho de seguros y exclusivamente como integradora del régimen legal.

Afirmó que el requerimiento de colocación del dispositivo de rastreo satelital no es una obligación formal o vacía, sino que genera una directa, proporcional y cierta disminución en el riesgo garantizado, preservando así el patrimonio común de los asegurados.

Explicó que fue la directa omisión del actor en sus obligaciones el hecho generador de la situación que se verifica en la causa, lo cual determinó concretamente un aumento sensible en el riesgo asumido por la aseguradora.

De seguido se refirió al riesgo, su agravación y las cargas y obligaciones de las partes. Citó jurisprudencia.

Arguyó que el actor aumentó unilateralmente el riesgo asumido por la aseguradora y generó, en consecuencia, que su accionar fuese considerado incurso en las causales de exclusión de cobertura.

Dijo que el actor nunca instaló el dispositivo LO JACK dentro de los 5 días de inicio de vigencia de la póliza. Que denunció el 02/12/2017 el hurto de su unidad supuestamente acaecido el 24/11/2017 y que el 29/12/2017 se le remitió CD de rechazo por incumplimiento de la cláusula CG-RH 4.1, CA-RH 3.1 y CG-RH 1.1 manifestándole expresamente la declinación del siniestro, la cual no fue contestada por el actor quien derechamente inició la mediación.

Agregó que D. nunca cumplió con la carga de entregar la documentación a su cargo, lo cual, afirmó, constituye una clara limitación al derecho de subrogación legal en cabeza del demandado.

En subsidio se refirió a los rubros reclamados. Dijo en relación al monto asegurado que dicho valor se encuentra limitado a la suma máxima establecida en el contrato de seguro.

Negó que el actor sufriera daño moral y privación de uso y que aquellos deban ser resarcidos. Añadió que no se encuentran amparados por el contrato de seguro.

Finalizó diciendo que el daño punitivo peticionado resulta improcedente y solicitó su rechazo.

Ofreció prueba y fundó en derecho.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia el 26/05/2021.

Hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a Paraná S.A. de Seguros a pagar al actor la suma de \$ 213.000 con más sus intereses y costas.

Para así decidir, inicialmente estimó que además de la LS resulta de aplicación al caso la LDC.

Seguidamente, estimó que el transcurso del plazo de la L.S:56 desde que recibió la denuncia del actor sin que hubiese en tiempo oportuno ejercido su derecho de requerir información alguna, ni se hubiese pronunciado en ninguno de los sentidos posibles, implicó la aceptación tácita del siniestro denunciado y el nacimiento del derecho del asegurado a ser indemnizado.

Estimó en consecuencia procedente el reclamo del accionante y le concedió la suma máxima asegurada en la póliza de \$ 143.000 con más intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a 30 días (conf. plenario del fuero "La Razón"), desde los 45 días de denunciado el siniestro (conf. LS: 49 y 56) y hasta su efectivo pago.

Asimismo, admitió la reparación por daño moral que fijó en la suma de \$ 30.000 y privación de uso por \$ 40.000. Rechazó la imposición de las multas contempladas en los arts. 40 bis y 47 de la LDC y del daño punitivo.

Finalmente, desestimó la actualización monetaria pretendida al juzgar que los intereses fijados son suficientes para compensar a la parte actora por no contar con el dinero que la demandada debió haberle abonado oportunamente.

Por otro lado, estableció como recaudo previo al pago por parte de la aseguradora la entrega de la documentación enunciada en la póliza.

Finalmente impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

III. LOS RECURSOS

Apelaron el actor en fs. 333 y la demandada el 27/05/2021. Sus recursos fueron concedidos libremente a fs. 334 y el 28/05/2021. El 11/08/2021 la accionada desistió de su recurso.

Los fundamentos del actor corren a fs. 366/368 y fueron contestados el 26/08/2021.

El 01/09/2021 presentó su dictamen la Sra. Fiscal antes esta Cámara.

A fs. 380 se llamaron autos para dictar sentencia y a fs. 385 se practicó el sorteo previsto en el CPr. 268.

IV. LOS AGRAVIOS

Las quejas del actor transcurren por los siguientes cariles: i) el monto por el cumplimiento contractual, ii) el importe reconocido en concepto de daño moral, iii) la indemnización fijada por privación de uso y iv) el rechazo del daño punitivo.

V. LA SOLUCIÓN

a. Aclaraciones preliminares

En atención a cuanto fuera decidido en el veredicto de grado y dada la ausencia de interposición de recurso por parte de la accionada, se encuentran firmes y con carácter de cosa juzgada en esta instancia los siguientes hechos: a) el vínculo jurídico habido entre las partes resulta encuadrable en una relación de consumo, a la que resultan aplicables las disposiciones en la materia; b) el seguro instrumentado mediante la póliza n° 4952570 primera parte, segunda parte, y tercera parte, se encontraba vigente al momento del siniestro; c) la sustracción del rodado fue oportunamente denunciada por el actor (v. denuncia del siniestro); d) la procedencia de la cobertura asegurativa resultó aceptada por la aseguradora demandada (L. Seg. 56); y e) la indemnización no fue abonada (v. informe pericial contable de fs. 174/176).

b. La actualización del monto de condena

Se agravó el accionante del monto reconocido por el incumplimiento contractual. Sostuvo que tenía asegurado el rodado por la suma de USD 8.400 y que la compañía debió pagar esa suma al momento del hecho y no los USD 800 que vale el vehículo en la actualidad.

Afirmó que el incumplimiento del contrato resultó un negocio para la aseguradora, quien aplicó el monto que debía haberle pagado al mercado financiero y obtuvo grandes ganancias en dólares durante estos tiempos.

Adelanto que la queja no será admitida.

En primer término, cabe recordar que la mora se presenta como un fenómeno que perturba el normal desarrollo de la obligación, trasladando su término final para un momento ulterior al inicialmente previsto y generan-

do durante este nuevo lapso, severas consecuencias para quien la hubiese provocado (Wayar, Ernesto C., “Tratado de la mora”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1981, pág. 43 y ss).

En materia asegurativa la mora opera de pleno derecho por imperio de los arts. 49 y 56 de la Ley 17.418 y arts. 263, 871 inc. b, 886 y 1747 del CCyCN.

Entre sus múltiples efectos, la mora constituye fuente de obligación de resarcir el daño que causa al acreedor; y de allí su importancia en la responsabilidad civil. Ese daño se configura en el patrimonio en relación con el tiempo que dura el retardo (incumplimiento relativo); es decir, el perjuicio se incrementa por el transcurso del tiempo y la pendencia de la obligación incumplida. Si el retardo es imputable al deudor, pondrá a su cargo la reparación del daño moratorio (v. comentarios a los arts. 886 a 903 elaborados por María Fabiana Compiani en la obra “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, dirigido por Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, tº III, págs. 224/225, ed. Infojus, Buenos Aires, 2015).

De allí que los intereses moratorios constituyan la indemnización de tal daño por el retardo de la aseguradora desde el instante en que incumplió con la obligación (CCyCN 768).

Encuentro dirimente en el caso que el apelante omitiera justificar mediante una adecuada comprobación el menoscabo patrimonial y la consiguiente afectación al derecho de propiedad.

En efecto. Sus quejas transitan por circunstancias conjeturales, son imprecisas y contrarias a cuanto surge de las constancias de la causa.

Así pues, y a modo de ejemplo, cabe referir que la alusión a la suma asegurada en dólares estadounidenses se contradice con cuanto fuera pactado en el caso.

En efecto, véase que la póliza n° 4952570 primera parte, segunda parte, y tercera parte establece el monto asegurado en pesos, lo cual fue ratificado por el experto contable en su dictamen pericial (fs. 174/176).

Coadyuva a lo expuesto –y esto sella adversamente la suerte del planteo– que no fue analizado ni tampoco explicado por el apelante de qué modo el devengamiento de intereses a la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones a 30 días, determinado en la condena, resulta insuficiente para compensar la depreciación del monto en cuestión (arg. CNCom., esta Sala, mi voto, *in re*, “Fernández Garro Mariano Oscar c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”, 24/10/2019 y sus citas).

Recuérdese que dicha tasa resulta ser del tipo “compuesta” y que como tal contiene un componente de compensación de la depreciación de la moneda.

De este modo, tanto en las tasas activas como en las pasivas, la expectativa o corrección inflacionaria está comprendida, pues se trata de las tasas que se fijan en el sistema formal bancario (conf. Romualdi, Emilio E., “La Capitalización de Intereses”, La Ley, 30.8.2019, 1).

Derívase de lo anterior que, a más de no haber sido indicado de qué modo la utilización de una tasa activa resulta insuficiente para evitar el envilecimiento de la moneda, tampoco ello ha sido demostrado en el caso.

Además –y no es este un dato menor– el recurrente sostiene su queja a partir de convertir el valor del rodado a dólares estadounidenses, cuando no se invocó ni probó que era –y es– en aquella divisa que habitualmente se establece la valuación de este tipo de rodados en el mercado. Corresponde aclarar que no resulta aplicable al caso el criterio sostenido en mi reciente voto en esta Sala en autos “Fortunato Herminia c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ ordinario” expte. N° COM 11109/2011, del 07/08/20 (CNCom., esta Sala, mi voto en “Sola Emiliano c/ La Caja de seguros S.A. s/ ordinario”, del 25/08/2020).

Ello así, en tanto la suma asegurada en aquella contratación había sido fijada en la póliza con sujeción al valor de mercado de la máquina asegurada en dólares estadounidenses, circunstancia que no se corresponde con los antecedentes del vehículo de que se trata aquí.

Conclúyase de ello, que no se aportaron elementos que permitan un apartamiento de la regla anunciada, lo cual sella definitivamente la suerte del recurso impetrado.

c. Daño moral

Se quejó el actor del monto reconocido por este rubro. Dijo que la suma de \$ 30.000 es exigua.

Juzgo que le asiste razón.

Tengo dicho en numerosos precedentes en supuestos de incumplimiento contractual, que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la

medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad.

Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto *in re* “Ortíz, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01/03/11).

Esa modificación disvaliosa del espíritu –como claramente se hubiera definido, v. Pizzaro, Daniel en “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA del 17.09.86– no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor, porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, angustia, aficciones, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, t. V, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 53/4).

Por otro lado, cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 CCiv. –actualmente CCCN 1738–), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana solo se afectan intereses pecuniarios.

En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral.

Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (v. mis votos en los autos “Miani Luis Fabio c/ Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 12/02/19 y “Marotta Germán Ricardo c/ LG Electronics S.A. s/ ordinario”, del 19/02/19, entre muchos, a los que me remito a fin de evitar alargar en demasía este voto).

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual tiende esencialmente a excluir las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. esta Sala, “Vásquez Gabriel Fernando c/ Cti PCS S.A. s/ ordinario”, del 23/03/10, con cita a Borda, Guillermo A., “La reforma del 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Bs. As., 1971, pág. 203).

Por otro lado, resulta de difícil o imposible producción la prueba directa de este daño al residir en lo más íntimo de la personalidad. De tal manera, su modo habitual de comprobación quedará ceñido a indicios y presunciones *hominis*.

Así, a partir de la acreditación por vía directa de un hecho, podrá inducirse indirectamente otro distinto, desconocido, a través de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica (conf. Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 626/8).

Bajo tales lineamientos, se aprecia correcta la concesión del daño moral, mas cierto es que el monto reconocido resulta insuficiente.

De allí que propiciaré la recepción del presente agravio y postularé admitir la suma pretendida en la demanda de \$ 60.000.

d. Privación de uso

En relación al agravio vertido por el accionante referido al monto reconocido por este rubro indemnizatorio, debo señalar lo siguiente. Resulta imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada en la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia que demuestren argumentalmente el error de juzgamiento que le atribuye.

La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que esta no está facultada constitucionalmente para suplir los déficits argumentales o las quejas que no dedujo (Conf. CNCiv., Sala A, “Celi, Walter Benjamín y otro c. Salvador M. Pestelli Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios” del 15/7/10).

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que exponga una “crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante conside-

re equivocadas”. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto “Cód. Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado”, t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988).

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia, y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

Ahora bien. No obstante, tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista.

Esto es –a mi criterio– lo que ocurre en el caso.

Así porque el agravio bajo examen no contiene una refutación jurídica ni técnica y mucho menos una indicación clara y concreta respecto de los argumentos y las pruebas en los que se sustentó el fallo recurrido.

Sostenía Podetti con su proverbial agudeza que no puede menos que exigirse a quien intenta que se revise un fallo, que diga por qué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto lo que considera errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos. Procediendo así, cumple con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al Tribunal de Alzada el examen de la sentencia sometida a recurso y al adversario su contestación, y limita el ámbito de su reclamo (aut. cit., Tratado de los Recursos, Ed. Ediar, p. 164).

En síntesis, dado que el quejoso se limita a expresar genéricamente su disconformidad con el monto admitido en el grado en concepto de privación de uso, sin ensayar argumento alguno al respecto, propiciaré en desestimar la queja bajo estudio.

e. Daño punitivo

e.1. Se agravio el accionante de la desestimación del daño punitivo. Sostuvo al efecto que la cláusula que invoca la aseguradora para rechazar el siniestro es una excusa, lo cual demuestra su accionar doloso.

e.2. Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361–B.O.: 7.4.08–, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del “daño punitivo”.

Dispone la norma textualmente: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Ahora bien. Tal como precisé en otras oportunidades (v. mis votos en los autos “Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 18.2.14; “Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre S.A. de Seguros s/ ordinario” del 24.9.15; “García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ sumarísimo”; “Díaz Víctor

Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para fines determinados y otros s/ ordinario”, del 20.10.15; y “Andrada Jorge Daniel c/ Provincia Seguros S.A. y otro s/ ordinario”, del 14.9.17), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado.

Como allí sostuve, los daños punitivos son, según Pizarro, “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón, “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, La Rocca, 1993, pág. 291/2).

Conforme con la norma antes transcrita la concesión de daños punitivos presupone: (i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; (ii) la petición del damnificado; (iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; (iv) la concesión en beneficio del consumidor; y (v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240.

Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva –ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, –Stiglitz, “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949–, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”.

De allí que para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor”, RDCO 2013-B-668).

Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, “Cuantificación del daño punitivo”, LL 23/11/2011, 1).

Establece aquella disposición que: “En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”.

Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabidas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, op. cit.).

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica –y este dato es muy importante– de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., “Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa”, LL DJ 19/10/2011, 1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños”, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332).

Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: “Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...” (Ferrer, Germán Luis, “La responsabili-

dad de administradores societarios y los daños punitivos”, Diario La Ley del 24.10.11).

La previsión legal del art. 8 *bis* de la LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados –como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos–. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no solo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables.

Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona.

De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del *iter* negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tévez, Alejandra N. y Souto María Virginia, “Trato “indigno” y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor”, del 26.4.16, La Ley 2016-C, 638).

e.3. Sobre tales bases, juzgo que en el caso corresponde imponer la multa por daño punitivo.

De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 *bis* y 52 *bis* de la LDC.

Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia.

Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en los autos “Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 10.5.12, “Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi S.A. s/ ordinario”, del 19.8.14 y “Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Cía. Arg. de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 15.12.16, entre otros).

En el caso, la desatención injustificada en el cumplimiento del contrato por parte de la aseguradora y el silencio guardado frente a los reclamos del actor, constituye un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia establecida en el art. 52 *bis* de la LDC.

Por otro lado, señalo que la actitud desaprensiva de la demandada colocó al accionante en un derrotero de reclamos y finalmente la obligó a promover la presente acción judicial, todo lo cual vino a dilatar de modo injustificado e innecesario la solución del entuerto.

En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de “multa civil” por trasgresión de la LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, el colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, “Cuantificación del daño punitivo”, LL 23.11.11, y fallo allí cit.).

En tales condiciones, estimo que puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma de la LDC: 52 *bis* y su doctrina para la aplicación de la multa civil.

e.4. A los efectos de determinar el *quantum* de la multa, no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de despre-

cio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló.

Bajo tales parámetros, y ponderando asimismo el límite cuantitativo que determina la LDC: 52 *bis*, como la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (conf. Cpr: 165), considero adecuado establecer la multa por daño punitivo en \$ 100.000.

Por lo demás, aclaro que no procede la aplicación de intereses moratorios sobre el rubro en análisis, dado el carácter asignado en el desarrollo de este voto a la figura prevista por el art. 52 *bis* de la LDC (conf., esta Sala, “Fernández, Silvina Gabriela c/ Renault Argentina S.A. y otros s/ ordinario”, del 1.11.18; íd., “Concetti, Marcelo Fabián c/ Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, del 21.3.19).

Lo anterior, claro está, lo es sin perjuicio de los réditos que pudieran eventualmente devengarse en caso de no resultar abonada la multa en el plazo fijado de 10 días para el cumplimiento de la condena, los que en tal supuesto se calcularán –ahora sí, al igual que con el daño moral– a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

VI. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) admitir parcialmente el recurso del actor y, en consecuencia, elevar el monto reconocido por daño moral a la suma de \$ 60.000 e imponer a la demandada una multa civil de \$ 100.000 en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.e.; ii) confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo demás que fuera materia de agravio; y iii) establecer que las costas de Alzada serán soportadas por la accionada, vencida (Cpr. 68).

Así voto.

El Dr. *Lucchelli* dice:

Adhiero a la solución propiciada por mi distinguida colega, Dra. Alejandra Tévez en su fundado voto. No obstante ello, como he hecho en otros casos, dejo a salvo mi opinión respecto de que los daños punitivos previstos en el art. 52 *bis* de la LDC, si bien tienen naturaleza sancionatoria, su finalidad es eminentemente preventiva (cfr. Esta Sala, “Villanueva Maximiliano Alberto c/ Fiat Auto de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario” del 9/05/19).

En tal sentido y teniendo en cuenta lo expuesto, la aplicación de este instituto debe ser de carácter excepcional y debe obedecer más a la gravedad del comportamiento observado por el proveedor que al eventual beneficio económico que pudo haber obtenido de su incumplimiento, sin perjuicio de que este último elemento también deba valorarse al momento de fijar la sanción. Esta salvedad no altera en nada la decisión propuesta en el voto que abrió el acuerdo, al que, como adelantara, adhiero.

Así voto.

Y *Vistos*:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: i) admitir parcialmente el recurso del actor y, en consecuencia, elevar el monto reconocido por daño moral a la suma de \$ 60.000 e imponer a la demandada una multa civil de \$ 100.000 en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.e.; ii) confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo demás que fuera materia de agravio; y iii) establecer que las costas de Alzada serán soportadas por la accionada, vencida (Cpr. 68).

II. Honorarios

I.a. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto la regulación efectuada en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento para que no medie incongruencia con los recursos deducidos y el resultado del pleito (*Fallos* 313:528; 311:2687; 314/1873).

Ponderando la labor profesional cumplida, apreciada por su calidad y eficacia, así como el monto comprometido con sus respectivos intereses, se fijan en 29,30 UMA (equivalente a \$180.488) los honorarios a favor de la letrada patrocinante de la parte actora, doctora S. V. A.

b. Teniendo en cuenta las pautas *ut supra*, se fijan en 6,30 UMA (equivalente a \$38.808) a favor de la perito en seguros, M. A. D. y en 4 UMA (\$24.640) los de la perito contadora, A. T. P. (Ley 27.423: arts. 1, 3, 15, 16, 19, 21, 22, 24, 29, 51 y Ac. CSJN 21/21).

2. Teniendo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.589, la fecha en la que recayó la sentencia, la trascendencia económica de la materia y lo establecido en el art. 2, inc. f) del Anexo I del decreto 2536/15 y Dec. 414/21 (conf. esta Sala “Ammaturo Francisco Horacio y otros c/ Darex SA y otro s/ordinario”; “All Music S.R.L. c/ Supermercados Ekono S.A. s/ ordinario” ambos del 29.03.12), se fijan en 20 UHOM (equivalente a \$22.000) los honorarios regulados a favor de la mediadora C. S. C.

3. Por las actuaciones de Alzada que motivaron la resolución que antecede, se fijan en 10,25 UMA (equivalente a

\$63.140) los de la letrada patrocinante de la accionante, doctora S. V. A. (Dec. Ley 27.423 art. 30 y Ac. CSJN 21/21).

El Dr. Rafael F. Barreiro no interviene en el presente pronunciamiento por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

III. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. – *Alejandra N. Tevez.* – *Ernesto Lucchelli* (Sec.: María F. Estevarena).