

tamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

3. - El legislador —mediante una norma que no es disponible para las partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).
4. - Sobre la base del *principio de integralidad en la interpretación de las normas*, la gestación por sustitución es una práctica que no puede considerarse admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).
5. - Al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la *gestación por sustitución*, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida, como pretende la parte actora (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).
6. - El proceder de la obra social, al denegar la cobertura para un TRHA median-

te gestación por sustitución no luce como manifiestamente arbitrario o ilegítimo, en los términos que exige la vía intentada, pues se fundó en la falta de regulación en la ley 26.862 de la práctica “subrogación uterina”, efectuando una interpretación que resulta consistente con el marco normativo en el que esa norma se inserta (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

7. - La sentencia que autorizó un TRHA mediante gestación por sustitución no solo soslayó lo dispuesto en los arts. 562 y 558 Cód. Civ. y Com. —que impiden al ejercicio del derecho a la procreación pretendido por los amparistas mediante el método de *gestación por sustitución*, en tanto reconocen indefectiblemente el vínculo filial con quien dio a luz al mismo tiempo que obstan a la existencia de más de dos vínculos filiales—, sino que también prescindió de considerar que ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello im-

portaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562, Cód. Civ. y Com. (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

8. - La vía escogida —acción de amparo contra una obra social tendiente a obtener la cobertura de una prestación— no resulta idónea para el apropiado análisis de la cuestión filiatoria sobre la que se asienta la pretensión —gestación por sustitución— y que involucra la aplicación de normas de orden público. La dilucidación de ese aspecto, además, no puede ser diferida para su debate en una etapa posterior al dictado de la sentencia, pues la índole de los derechos en juego exigía un adecuado examen del asunto (del dictamen del Fiscal General que la Cámara hace suyo).

CNFed. Civ. y Com., sala I, 22/03/2022. – S., E. R. y otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ Amparo de salud.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32428/2022]

### Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación, 28/10/2020, TR LALEY AR/JUR/54740/2020;  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación, 28/08/2020, TR LALEY AR/JUR/35471/2020  
Corte Europea de Derechos Humanos, D. c. Francia, 16/07/2020, TR LALEY EU/JUR/3/2020

### Costas

Ambas instancias en el orden causado, en atención a la novedad de la cuestión involucrada.

Véase el texto completo en p. 8

# Contratos de maternidad subrogada

## La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos



### Silvia Marrama

Abogada-Mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/1993”. Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria (UNER). Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (UCA). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Posgrado y Doctorado. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-644.8>.

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Objeto y cláusulas de los contratos de gestación por sustitución. — III. La gestación por sustitución en el derecho comparado. — IV. “S., E. R. y Otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud”. — V. Conclusión.

### I. Introducción

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó el 23/03/2022 una sentencia ejemplar sobre maternidad subrogada (1), suscripta por los vocales Fernando A. Uriarte y Juan Perozzello Vizier, fundada en un meduloso dictamen firmado por el fiscal general Rodrigo Cuesta. La sentencia y el dictamen, que rechazan el pedido de los amparistas de cobertura integral por parte de una obra social de la prácti-

ca de gestación por sustitución, se inscriben en el marco de los más altos estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

No es mera casualidad que la sentencia argentina haya sido dictada al mismo tiempo y en el mismo sentido que la sentencia 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España (2), del 31/03/2022, que revocó lo decidido en una causa en que se había determinado una filiación materna respecto de una persona

que contrató a una gestante por sustitución en México, que es quien dio a luz.

La coincidencia temporal entre las sentencias está en consonancia también con la tendencia normativa y jurisprudencial internacional actual, a la que me referiré más adelante, evidencia que el derecho internacional de los derechos humanos resiste estos contratos en los que dos personas en situación de vulnerabilidad —la gestante (3) y el niño gestado— reciben el trato de objeto.

### II. Objeto y cláusulas de los contratos de gestación por sustitución

La cosificación del niño gestado y de la mujer gestante se aprecia en la descripción de los contratos que realiza la sentencia española 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, que amerita una lectura detenida, antes de analizar la tendencia del derecho comparado y el caso resuelto recientemente por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCiv. y Com. Fed., Sala I. Autos N° 1152/2021, 22/03/2022, “S., E. R. y Otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud”, TR LALEY AR/JUR/32428/2022.

(2) Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/Oe6219d460d65731/20220405>, cit. por LAFFERRIÈRE, J. N., “Tribunal Supremo de España rechaza contrato de gestación por sustitución”, 18/04/2022. Disponible en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org) Fecha de consulta 23/04/2022.

(3) La vulnerabilidad de la gestante es señalada por el Juez Dedov en TEDH, Sentencia “Paradiso ET Campanelli v. Italie” (Requête no 25358/12). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés. Cfr. MARRAMA, S., “Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]”. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). *Filosofía & Direito: um diálogo*

*necessário para a Justiça*, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>. Sostiene Dedov que el fenómeno de la maternidad subrogada es en sí mismo y todas sus formas muy peligroso para el bienestar de la sociedad, dado que en una sociedad que se desarrolla armoniosamente, todos sus miembros contribuyen a ello a través de sus talentos, energía e inteligencia. Pero si el único recurso valioso disponible para un individuo es su cuerpo, el argumento no es suficiente para justificar la prostitución, la pornografía o la subrogación de vientres. Los argumentos a favor de la maternidad de alquiler se fundan en las nociones de economía de mercado, diversidad y solidaridad. Sin embargo, el dilema es milenario: o bien los seres humanos sobreviven a través de un proceso de adaptación natural, comprometiendo la dignidad humana y la integridad, o tratan de lograr una nueva calidad de vida social sin afectar tales valores. La noción de derechos y libertades fundamentales requiere la implementación de la segunda opción, y nuestra supervivencia y desarrollo también lo exigen. Cualquier afectación de los derechos humanos y de los valores fundamentales implica el final

de una civilización. Dedov no entiende la maternidad subrogada como una forma de asistencia voluntaria y gratuita a quienes no pueden tener hijos. No puede aceptar que esa sea una declaración honesta y sincera. La solidaridad tiene como objetivo ayudar a aquellos cuyas vidas están en juego, pero no a aquellos que solo desean disfrutar de una vida privada o familiar completa. El embarazo y el nacimiento de un niño son extremadamente estresantes para la madre portadora sustituta, tanto en términos físicos como emocionales. Las consecuencias son impredecibles y, en ausencia de una situación de emergencia, la maternidad sustituta no puede considerarse una forma adecuada de promover la solidaridad social. Las estadísticas muestran que la subrogación gestacional es llevada a cabo por personas pobres o en países pobres en favor de beneficiarios generalmente ricos. Por otro lado, es una hipocresía prohibir la maternidad subrogada en el propio país, pero permitir las consecuencias de su uso en el extranjero. Entiende Dedov que el estado demandado ha adoptado una posición muy honesta e intransigente con respecto a la prohibición de cualquier tipo de subrogación, basada en valores cristianos (cfr. TEDH, Sentencia

*Lautsi and others* [...] Idem). Dedov sostiene que, para prevenir la degradación moral y ética de la sociedad, el TEDH debería apoyar acciones basadas en valores (dignidad, integridad, igualdad, solidaridad, curiosidad, autorrealización, creatividad, conocimiento y cultura), los cuales no entran en conflicto con el respeto por la vida privada y familiar, en lugar de esconderse detrás del margen de apreciación. Dedov considera que en el presente caso el TEDH ha dado un primer paso al poner los valores por encima del margen de apreciación en un caso “ético”, y por ello se puede hablar de un “nuevo tribunal”. Por último, afirma que la subrogación materna es uno de esos desafíos que nos obligan a preguntarnos respecto de la supervivencia de la raza humana, dado que el número de personas involucradas, directa o indirectamente, en esta forma antisocial —legal o no— de obtener ganancias, la escala real del problema es impresionante. Concluye con una advertencia: cuando la solidaridad social no es promovida o efectivamente protegida en la práctica por las autoridades, se genera discriminación o desigualdades que pueden conducir a la desestabilización o degradación de la sociedad, amenaza que no debe subestimarse.

La sentencia afirma, fundada en las pruebas agregadas a la causa, que, en los contratos de gestación por sustitución, “La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual [‘tantas transferencias embrionarias como sean necesarias’, ‘llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida’, ‘tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo’]. La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica (‘la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre’, ‘la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil’ ‘México Subrogacy’ S. de R. L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, ‘la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño’). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, ‘salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal’), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga ‘a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre’. Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal”. Luego de este crudo resumen de las cláusulas contractuales, la sentencia del TS afirma: “No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que

vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales”. La preocupación del TS también refiere a que el “futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se ‘cosifica’, pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente”. Es evidente que “tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”; “resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico” (punto 7 del apartado 3) (4).

Cabe recordar que el art. 10 de la ley española 14/2006 sobre TRHA dispone que “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (5).

### III. La gestación por sustitución en el derecho comparado

Además del contundente fundamento legal establecido en el art. 10 de la ley española 14/2006 sobre TRHA, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España fundó el rechazo de la demanda en la sentencia 277/2022, sobre todo por entender que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (Fundamentos de Derecho, Apartado 3ro.), y la califica como venta de niños.

En efecto, la sentencia española recuerda que la prohibición de la “venta de niños” surge del art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y del Protocolo Faculta-

tivo de la Convención específico sobre venta de niños.

Al respecto, el Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas “sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, denuncia la venta de niños implicada en los acuerdos de subrogación de vientres, afirmando que aquella se configura tanto en la gestación por sustitución comercial como en la altruista (6).

Las conclusiones y recomendaciones del informe A/HRC/37/60 tienen relevancia internacional, v.gr., que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cita como fundamento de las recientes decisiones de inadmisibilidad de los Casos “C. y E. v. Francia” (7), del 12 de diciembre de 2019.

En las referidas decisiones, que son definitivas e irrecurribles, el TEDH ha sostenido que la negativa de las autoridades francesas de transcribir, en los Registros del Estado Civil francés, la totalidad de los certificados de nacimiento extranjeros de niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución (concebidos extracorpóreamente con gametos del contratante requerente de la práctica, y de una tercera donante), en particular, la negativa de inscripción de la contratante requerente de la práctica, que no dio a luz, como madre, no es desproporcionada (8). Baste recordar al respecto que en Francia estos contratos se encuentran prohibidos por el artículo 16-7 del Código Civil francés (Cfr. art. 3 de la Ley 94-653 del 29/07/1994), que se ubica dentro del Libro Primero “De las personas”, Título Primero “De los derechos civiles”, Capítulo II “Del respeto por el cuerpo humano”, y determina: que “Cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación subrogada es nulo” (9).

El mismo tribunal, en la causa “Paradiso y Campanelli v. Italia”, sostuvo que el Estado italiano no violó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) mediante la decisión de las autoridades italianas de dar en adopción a un niño nacido de una subrogación de vientres en Rusia, a personas no intervinientes en el contrato de gestación por sustitución (10). La solución adoptada por el Estado italiano es la más tuitiva del superior interés del niño involucrado en el caso. En efecto, la adopción reviste carácter institucional, por-

que se origina y perfecciona ante un organismo estatal competente y conforme a un procedimiento que garantice el debido proceso y la idoneidad de los adoptantes, a diferencia de lo que sucede en los contratos de gestación por sustitución, cuya práctica no se encuentra supervisada por el Estado (11).

Un reciente estudio de derecho comparado del TEDH, que abarca 43 Estados parte en el CEDH, muestra que la subrogación de vientres está autorizada en solo 9 de los 43 Estados, es tolerada en 10 y está prohibida explícita o implícitamente en los otros 24 (12).

La Coalición Internacional para la Abolición de la Maternidad Sustituta (CIAMS), integrada por numerosas organizaciones internacionales feministas (13), emitió un Manifiesto para la abolición universal de la gestación por sustitución, que establece que la práctica social de “poner a disposición de terceras personas el cuerpo de las mujeres para que traigan al mundo niños y niñas que serán entregados a esas personas que los han encargado”, lejos de ser un acto individual, “ha sido puesta en marcha por empresas de reproducción humana en un sistema organizado de producción que incluye laboratorios, profesionales de la Medicina y del Derecho, agencias intermediarias, etc... Todo un sistema que necesita mujeres como medios de producción, de manera que el embarazo y el parto se conviertan en procesos funcionales dotados de valor de uso y de mercado dentro del marco de la globalización de los mercados del cuerpo humano. Allí donde ninguna ley lo protege, el cuerpo de las mujeres es considerado un mero recurso para la industria y los mercados de la reproducción. Algunas mujeres sometidas a múltiples presiones (económicas, sexistas, relaciones de dominación familiares, geopolíticas...) consienten en firmar un contrato que aliena su salud, su persona y su vida. La gestación por sustitución convierte a la niña y el niño recién nacido en un producto con valor de cambio, anulando la distinción entre persona y cosa. El respeto del cuerpo humano y la igualdad entre las mujeres y los hombres deben prevalecer sobre los intereses particulares. En consecuencia, en nombre de los derechos de la persona humana, las y los firmantes de este manifiesto: Denunciamos la utilización de los seres humanos, que anulan su valor intrínseco y dignidad y los sustituyen por valor de uso o valor de cambio; rechazamos la mercantilización del cuerpo de las mujeres y de los niños y las niñas; hacemos un llamamiento a España y a los países europeos para que respeten las convecciones

(4) Cfr. LAFFERRIÈRE, J. N., “Tribunal Supremo de España rechaza contrato de gestación por sustitución”, 18/04/2022. Disponible en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org). Fecha de consulta 23/04/2022.

(5) Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, publicada en BOE N° 126, de 27/05/2006, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Fecha de consulta 23/04/2022.

(6) MARRAMA, S., “Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres [en línea]”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, 2019, 9 [2]. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10080>

(7) Un análisis de las decisiones del TEDH en los casos “C y E v. Francia” (solicitudes N° 1462/18 y 17348/18) puede leerse en MARRAMA, S. E., “Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada [en línea]”. Publicado en: *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* online. Erreius, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11140>.

(8) Cfr. Un análisis de las decisiones del TEDH en los casos “C y E v. Francia” (solicitudes N° 1462/18 y 17348/18) puede leerse en MARRAMA, S. E., “Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada [en línea]”. Publicado en: *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* online. Erreius, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11140>.

(9) Artículo 16-7 del Código Civil francés, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070721/>. Fecha de consulta: 23/04/2022.

(10) Este caso se inicia con la aplicación N° 25358/12 presentada por dos nacionales alegando que las medidas adoptadas por el estado italiano en relación con el niño T. C. eran incompatibles con su derecho a la vida privada y familiar. Los solicitantes contrataron a una madre sustituta en Rusia, mediante una clínica ubicada en Moscú, quien gestó un niño con óvulos aportados por una tercera mujer y semen del demandante, quien afirma haber transportado desde Italia a la clínica rusa su líquido seminal debidamente preservado. Se transfirieron dos embriones al útero de la madre sustituta y un niño nació en Moscú el 27 de febrero de 2011. En la misma fecha, la madre sustituta dio su consentimiento por escrito para que el niño sea registrado como hijo de los solicitantes. Los solicitantes fueron registrados como padres del recién nacido por la Oficina del Estado Civil de Moscú, y se les expidió el certificado de nacimiento ruso. El Consulado de Italia en Moscú emitió los documentos para viajar a Italia con el niño, pero posteriormente informó a la Corte Juvenil de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores, a la prefectura y la ciudad de Colletorto que el archivo sobre el nacimiento del niño contenía datos falsos. Una fiscalía italiana inició un proceso penal contra los solicitantes, sospechosos de alteración del estado civil del niño, de falsificación, y del delito previsto en el artículo 72 de la ley de adopción. Al mismo tiempo, la fiscalía solicitó la apertura de un procedimiento de adoptabilidad para el niño, y que se suspendiera la autoridad parental de los contratantes de la subrogación de vientres. Los solicitantes objetaron las medidas relativas al niño. A petición del tribunal de menores, los solicitantes fueron visitados por un equipo de trabajadores sociales, y se realizó una prueba de ADN,

cuyo resultado mostró que no había un vínculo genético entre ellos. Los solicitantes pidieron a una psicóloga que reanalizara un informe sobre el bienestar del niño, fundado en el cual los requirentes solicitaron que el niño viva en su casa con miras a adoptarlo. Pero el tribunal de Menores de Campobasso ordenó que el niño fuera retirado, atendido y puesto al cuidado de los servicios sociales. En enero de 2013, el niño fue dado en guarda a una familia para adopción. A la fecha de presentación de la solicitud ante el TEDH, la adopción del menor ya se había efectivizado. TEDH, Sentencia “Paradiso ET Campanelli v. Italia” (Requête no 25358/12). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés. Cfr. MARRAMA, S., “Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea [en línea]”. En: Alessandra Mizuta de Brito, Everton Miguel Puhl Maciel, José Conrado Kurtz de Souza (orgs.). *Filosofia & Direito: um diálogo necessário para a Justiça*, Vol. 2. Porto Alegre: Fi, 2018. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8996>.

(11) Cfr. MARRAMA, S., “Filiación adoptiva y subrogación de vientres [en línea]”. *Anales. Institutos*. 2020, 47. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11081>.

(12) Cfr. MARRAMA, S. E., “Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada [en línea]”. Publicado en: *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* online. Erreius, 2020. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11140>.

(13) CIAMS es una organización internacional integrada por CoRP (Colectivo para el respeto de la persona), CQFD

(Lesbianas feministas), CADAC (Colectivo de asociaciones para el aborto y la contracepción), Marcha mundial de las mujeres Francia, BaGdam Espacio Lesbiano, CNFF (Consejo Nacional de Mujeres Francesas), Red estatal contra el alquiler de vientres de España, *Stoppet Leihmutterchaft* de Austria, *No Somos Vasijas* (de España), PDF (Por los Derechos de las Mujeres, Quebec), *Sveriges Kvinnolobby* (Lobby suco de mujeres), FINRRAGE (Red Internacional Feminista de Resistencia a la Ingeniería Reproductiva y Genética de Australia), Sociedad de Análisis Feminista AnA (de RUMANIA), *Si no ahora, cuándo libre* (Italia), Arcilesbica (Italia), *Libres MarianneS* (Francia), CEL (Centro Evolutivo Lilit, Francia), *Zéromacho* (Francia), *Movimiento del Nido* (Francia), *Miradas de Mujer* (Francia), Casa de la Mujer de París (Francia), AERAFEM - Asociación para la Erradicación del Femicidio a Escala Global (Francia), Colectivo & Red Feminista “RUPTURES”, *Colectivo 13 de Derechos de las Mujeres* (Francia), *Federación de Mujeres Progresistas* (España), *Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas* (España), Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres (España), *Stop Vientres de Alquiler* (España), FNCIDFF - Federación Nacional de Centros de Información sobre los Derechos de la Mujer y la Familia (Francia), Fundación Scelles (Francia), ELCEM (Funcionarios electos locales contra los niños maltratados, Francia), *Dairisyusan-wo-toinaosu-kai* (Coalición de Japón contra la práctica de la subrogación), *Red Europea de Mujeres Migrantes* (Bélgica), Object! (Reino Unido), Modelo Nórdico Ahora (Reino Unido). La integración del CIAMS se puede leer en <http://abolition-ms.org/es/asociaciones-integrantes/>, Fecha de consulta: 24/04/2022.

internacionales de protección de los derechos humanos y del niño y de la niña, de los cuales son firmantes, y se opongan firmemente a toda forma de legalización de la gestación por sustitución tanto a nivel nacional como internacional. Además, en nombre de la igualdad y de la dignidad de todos los seres humanos, hacemos un llamamiento a actuar con firmeza para abolir esta práctica a nivel internacional, promoviendo para ello la convocatoria y la puesta en marcha de una convención internacional para la abolición de la gestación por sustitución” (14).

Baste lo enunciado para afirmar la tendencia del derecho comparado respecto de los contratos de gestación por sustitución, cuyo objeto colisiona con los derechos humanos de dos personas en situación de vulnerabilidad: el niño gestado y la mujer gestante.

Sin embargo, denuncia la sentencia 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España que “Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda ‘gestación subrogada’ u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español), pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita ‘la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española’. Estas agencias han organizado en España ‘ferias’ presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus ‘servicios’. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un ‘hijo’ fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero”. De ahí la imperiosa necesidad, tal como lo señala Lafferrière, de que las autoridades públicas y los jueces que toman conocimiento de los hechos intervengan “decidida e inmediatamente para evitar que se consoliden situaciones de hecho que permitan a los comitentes hacer fraude a la ley que prohíbe la subrogación” (15).

#### IV. “S., E. R. y Otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud”

##### IV.1. Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo articulada por

una pareja y condenó a la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal, a brindar a los amparistas la cobertura integral de la técnica de alta complejidad fecundación in vitro (FIV), con óvulos aportados por la actora o, en su caso, con ovodonación proveniente de un banco, y gametos masculinos aportados por el actor, en el cuerpo de la gestante —previa prestación por su parte del consentimiento informado para formalizar el “instrumento de la gestación solidaria”, acreditación de su mayoría de edad y manifestación expresa de su voluntad de someterse libremente al tratamiento, sin voluntad procreacional—. Sobre los alcances de la cobertura, destacó que “se deberá extender hasta la consecución del embarazo, tal como fue peticionado por los actores”, incluyendo “toda técnica y/o procedimiento para la implantación de los embriones en el cuerpo de la gestante solidaria”, ovodonación, medicación y criopreservación.

El fallo se fundó en la ausencia de prohibición expresa de esta práctica en la legislación argentina. Asimismo, reseñó el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “S.T. V. s/ Inscrición de nacimiento” (Civ 14153/2017/CS1, del 27/08/2020), quien señaló que la práctica está permitida “de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional (CN)”.

##### IV.1. Divergencia entre los casos “S.T. V.” y “S., E. R. y Otro”

Al respecto, cabe ahondar en lo que la sentencia de grado destaca con acierto: que en la causa “S.T. V. s/ Inscrición de nacimiento” se analizó un supuesto diferente al debatido en “S., E. R. y Otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud”, pues “en estas actuaciones no se trae a conocimiento un conflicto sobre filiación, sino que la decisión requiere la determinación acerca de la obligación de la Obra Social demandada, a financiar el tratamiento requerido por los actores”. En efecto, en aquella causa se solicitó la inscripción de un niño nacido, concebido mediante ovodonación anónima y por gestación por sustitución como hijo de los actores.

Debido a esa divergencia fáctica, entiendo que el dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN en la causa bajo análisis (16) podría diferir del emitido en “S.T. V. s/ Inscrición de nacimiento” (17), dado que el Procurador Fiscal se encontraba frente a hechos consumados, y así lo sostiene en su dictamen: “se requiere definir la situación filiatoria del niño y hacer cesar el estado de incertidumbre. En este contexto, en el *sub lite*, entiendo que la decisión de la Cámara, en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta arbitraria, por autocontradictoria. No obstante, estimo que debe ordenarse la inscripción del niño”. Con acierto señala Lafferrière que “Ciertamente, ante los hechos consumados y la consolidación de un vínculo de hecho con el niño, los jueces tienen que resolver el caso concreto tomando en cuenta el

interés superior del niño y buscar lo más justo prudencialmente” (18). Y si bien en este caso “S.T. V. s/ Inscrición de nacimiento” se decidió ordenar la inscripción del niño como hijo de los requerentes de la gestación por sustitución, cabe recordar que esa solución no es pacífica en la jurisprudencia y doctrina argentinas (19), y tampoco en la extranjera, tal como he señalado *ut supra*.

Por el contrario, considero que el dictamen de la Procuración ante la Corte en “S., E. R. y Otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud” podría alinearse con lo resuelto por la CSJN *in re* “L. E. H. y otros c. O.S.E.P. s/amparo” (20), dado que, al igual que el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), la práctica de la gestación por sustitución fue expresamente excluida del Código Civil y Comercial y tampoco se encuentra incluida dentro de las técnicas enumeradas en la ley 26.862/2013 y ni en su decreto reglamentario 956/2013, como prestaciones integrantes de la cobertura obligatoria a brindar por parte de los servicios de salud argentinos (21), más allá de la vulneración de derechos de las mujeres y de los niños así concebidos que la práctica conlleva (22).

##### IV.2. Dictamen fiscal y sentencia de segunda instancia

Contra la sentencia de primera instancia, la demandada interpuso y fundó recurso de apelación, el que fue concedido. En su memorial, señaló que el fallo la condena a otorgar cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente, fragmentando la seguridad jurídica que debería garantizar, bajo una interpretación discrecional y sesgada del art. 19 CN.

En lo sustancial se agravó de la discrecionalidad del magistrado y la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y Legislativo, pues se arrojó una función atribuida a otros órganos del Estado bajo pretexto de una interpretación, cuando en la realidad de los hechos el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica médica en la normativa. Y destacó que la decisión perjudica a los 60.000 afiliados que componen su padrón, los que se verán afectados por un gasto que oscila en los 5 y 20 millones de pesos para un solo tratamiento de fertilidad, el que se multiplicaría por cada tratamiento que se inicie y fracase.

##### IV.2.a. Dictamen fiscal

##### IV.2.a.1. Correcta hermenéutica

El meduloso dictamen fiscal de Cámara, luego de analizar exhaustivamente las disposiciones de la ley 26.862/2013 y su reglamentación mediante dec. 956/2013, concluye que “la normativa reseñada no prevé, de forma expresa, la posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución” y que esa falta de regulación “debe interpretarse armónicamente conjuntamente esas disposiciones con el resto del sistema normativo y ponderando, especialmente, los fines a los que propende”.

CSJN ha puesto límite a la cobertura por parte del sistema de salud de las TRHA. Cfr. CSJN, FSA 87/2015/CA1/CS1, “G., G. A. c. Swiss Medical SA s/amparo ley 16.986”, 20/09/2016. Con nota a fallo de MARRAMA, S., “Decisión razonablemente fundada en una exégesis gramatical y sistemática de la norma [en línea]”, DFyP, 2017, (mayo).

(22) Cfr. MARRAMA, S., “La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria: análisis del Proyecto de Ley 5700-d-2016 [en línea]”, DFyP, 2017 (agosto). La Ley. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12181>. BERARDO, D. - MARRAMA, Thomas - BENCHOFF, A. P. - VIDAL, E., “Los derechos humanos en la gestación por sustitución: Análisis del Proyecto de ley 2574-S-2015 [en línea]”, *El Derecho*. 20/05/2016, 267 (13.961). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11285>.

Del análisis convencional que efectúa, concluye el dictamen fiscal que el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) constituye un aspecto del derecho a la salud que se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a fundar una familia, y que, conforme a esa finalidad, el Código Civil y Comercial reguló una tercera fuente filial derivada del uso de las TRHA, con características propias, en especial, en lo referido a la voluntad procreacional. Sin embargo, el nuevo Código contempla limitaciones expresas a la voluntad procreacional, v.gr. en el art. 558 *in fine*, que “establece categóricamente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”; en el art. 562 que señala que “los nacidos por las técnicas de reproducción asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

De esta manera sostiene que el legislador —mediante una norma que no es disponible para las partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien da a luz, “con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional (CNCiv., Sala k, en “F. R. R. y otro c. G.P.M.A s/ impugnación de la filiación”, sentencia del 28/10/2020)”.

Sobre la base de tales previsiones y el principio de integralidad en la interpretación de las normas, concluye categóricamente que la gestación por sustitución es una práctica no admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino, por decisión expresa y deliberada del codificador argentino (23).

Agrega el dictamen que, de modo coherente con la decisión de excluir a la gestación por sustitución como práctica admitida, el codificador dio una solución legal para la determinación de la filiación resultante a través del art. 562 del Cód. Civ. y Com. En consonancia con este criterio, el Código estableció otras soluciones que se complementan de modo coherente con la decisión adoptada en materia de gestación por sustitución, entre ellas, la de su art. 17, que prohíbe los contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

##### IV.2.a.2. El orden público como límite a la voluntad procreacional

Por otra parte, destaca el fiscal que la cuestión a resolver en el caso se encuentra “inescindiblemente vinculada a la filiación de la gestante con quien pueda nacer bajo ese método”. La concreción del proyecto familiar de los actores “se asienta, de forma inexorable, sobre las disposiciones sobre filiación y colisiona con una previsión normativa de orden público, que expresamente emplaza a “quien da a luz” como madre del nacido (art. 562 del CCyC)”.

(23) En este punto, destaca que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación optó, expresa y deliberadamente, por excluir la figura de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, por considerar que “encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura”, lo cual exigía, a juicio del Congreso, un debate más profundo e interdisciplinario. En consecuencia, “al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la gestación por sustitución, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida, como pretende la parte actora (CNCiv., Sala K, en “F. R. R. y otro c. G. P. M. A s/ impugnación de la filiación”, Expte. N° CIV 33.409/17, sentencia del 28/10/2020)”, TR LALEY AR/JUR/54740/2020.

(14) CIAMS, Manifiesto para la abolición universal de la gestación por sustitución, disponible en <http://abolition-ms.org/es/carta/>, y la integración del CIAMS se puede leer en <http://abolition-ms.org/es/asociaciones-integrantes/>, Fecha de consulta: 24/04/2022.

(15) Cfr. LAFFERRIÈRE, J. N., “Tribunal Supremo de España rechaza contrato de gestación por sustitución”, 18/04/2022. Disponible en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org). Fecha de consulta 23/04/2022.

(16) A la fecha de redacción de este trabajo se ha interpuso en autos recurso extraordinario federal.

(17) Dictamen del Procurador Fiscal Abramovich Cosarin, V.E. *in re* S. T. V. s/ inscripción de nacimiento, 27/08/2020. Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2020/11/FA-FED.-CSJN-Dictamen-Procurador-Fiscal-TRHA-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>. Fecha de consulta 23/04/2022. Cfr. también CNCiv., Sala H, “S. T. V. s/ inscripción de nacimiento”, 15/03/2018. Cita: MJ-JU-M-110359-AR, MJ110359, MJ110359.

(18) Cfr. LAFFERRIÈRE, J. N., “Tribunal Supremo de España rechaza contrato de gestación por sustitución”, 18/04/2022. Disponible en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org). Fecha de consulta 23/04/2022.

(19) Cfr. MARRAMA, S. E., “Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia [en línea]”, revista *República y Derecho*, 2018, 3. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11084>. MARRAMA, S. E., “La justicia declara la validez de los ‘actos extrapatrimoniales’ de subrogación de vientres [en línea]”. *El Derecho*. 2015, 264 (13.837). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11291>.

(20) CSJN, 01/09/2015, “L. E. H. y otros c. O.S.E.P. s/amparo”, Fallos: 338:779.

(21) Cabe recordar que no es el único fallo en que la

Crítica por lo tanto el proceder del juez de grado que ordenó a la gestante a “presentar el consentimiento informado en el que exprese su voluntad de someterse al tratamiento “sin voluntad procreacional alguna”, aspecto este último mediante el cual se pretendía eludir la relación filiatoria que surge del imperativo legal.

Así, el juez de primera instancia intentó soslayar lo dispuesto en los arts. 562 y 558 del Cód. Civ. y Com., que obstan a lo pretendido por los amparistas, en tanto por una parte reconocen indefectiblemente el vínculo filial del que nace con quien lo da a luz y al mismo tiempo impiden la existencia de más de

(24) MEDINA, Graciela, “Orden público en el derecho de familia”, LA LEY, 2015-F, 742.

dos vínculos filiales. Además, el magistrado prescindió de considerar que “ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello importaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562 del CCyC”.

En apoyo de sus afirmaciones cita a Graciela Medina, que enseña que “el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los

intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”; y “en el derecho de familia, la voluntad individual está más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público (...) El interés especial que tiene el Estado en las relaciones familiares determina que las normas familiares por lo general sean imperativas o/e irrenunciables, de orden público y dirigidas a la satisfacción del interés familiar” (24).

Por su parte, los integrantes de la Sala I entendieron que la materia objeto del recurso de apelación incoado por los amparistas encontró adecuada respuesta en el dictamen del Fiscal General, al que se remiten a fin de evitar reiteraciones innecesarias, y en consecuencia, deciden revocar la resolución apelada.

## V. Conclusión

El dictamen fiscal y la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, recaída en autos “S., E. R. y Otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/Amparo de Salud”, se encuentran a la vanguardia en sostener los más altos estándares de los derechos humanos respecto de los contratos de maternidad subrogada.

De este modo, la justicia federal argentina evidencia su convicción indeclinable por el respeto de la dignidad y derechos de los más vulnerables involucrados en las prácticas de la gestación por sustitución: los niños y las mujeres gestantes.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1514/2022

Texto completo de fallo de p. 5

### Dictamen del Fiscal General

1. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo articulada por “el señor E. R. S. y la señora D. S. O.; en consecuencia, conden[ó] a la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal, a brindar a los amparistas —[previa presentación de la gestante N. V. del consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria, acreditación de que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento, sin voluntad procreacional]— la cobertura integral de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la actora o, en su caso, con ovodonación proveniente de banco, y gametos masculinos aportados por el actor, en el cuerpo de la gestante solidaria N. V.” (fs. 115, de acuerdo, en todos los casos, a las que constan en el sistema de consultas web del PJN).

Para decidir de esa manera, en primer lugar señaló que “no se encuentra controvertido el hecho que el señor E. R. S. y la señora D. S. O. son afiliados de la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal.

Asimismo, no ha sido desconocido que debido a las complicaciones médicas que habrían surgido en el parto del primero y único hijo de la señora D. S. O., requieren de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada gestación por sustitución o gestación solidaria, como único medio posible para lograr satisfacer el derecho a la salud reproductiva”.

Conforme a ello, recordó que “el derecho a la salud reproductiva por tratarse de un derecho humano debe ser analizado de acuerdo con el principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano; es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Este principio se contempla directamente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Sentados los principios constitucionales y convencionales que enmarcan el asunto, el magistrado consideró que “la existencia de un remedio administrativo o la falta de agotamiento de la vía administrativa no es óbice para la protección de un derecho constitucional a través de la acción de amparo...”

Aclarado ello, destacó que la figura de la gestación por sustitución ha recibido distinto tratamiento en el derecho comparado. Sin embargo, en nuestro país “no se halla prohibida, pero el legislador tampoco [la] incluyó [...] en la ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, decreto 956/2013, o en el Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

En este punto, reseñó el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, (Civ 14153/2017/CS1, del 27.08.2020), quien señaló que “según el glosario de la Organización Mundial de la Salud la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida”. Continuando con la reseña, señaló que el Procurador entendió que la práctica está permitida “de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional”.

El juez de grado destacó que si bien en esa causa se analizó un supuesto diferente al aquí en debate, pues “en estas actuaciones no se trae a conocimiento un conflicto sobre filiación, sino que la decisión requiere la determinación acerca de la obligación de la Obra Social demandada, a financiar el tratamiento requerido por los actores”, sobre la base de tales antecedentes concluyó que el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe esa práctica.

Conforme a ello, sostuvo que “debido a que el señor E. R. S. y la señora D. S. O. requieren por la patología que presentan de esta técnica de reproducción humana asistida prescripta por los médicos tratantes, como único medio posible para lograr satisfacer el derecho a la salud reproductiva; con base en el bloque de convencionalidad recogido por el art. 75, inc. 22 de la CN, constitucionalidad y legal descrito anteriormente, interpret[ó] que la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal, en los términos de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, debe hacerse cargo del financiamiento de la prestación solicitada...”

En cuanto a los reparos de índole económica opuestos por la accionada, el juez entendió que “[n]inguna prueba concreta se ha aportado acerca del impacto que la cobertura de la prestación requerida tendría en el presupuesto con el que cuenta la demandada ni acerca del déficit presupuestario que alega”. Sin embargo, agregó que “la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un

criterio que no desatienda sus fines propios”.

Por otra parte, rechazó el pedido de reintegro de gastos, desde que la instrumentación del amparo “no ha sido prevista para dirimir cuestiones puramente patrimoniales que deben ser dilucidadas en juicio de conocimiento pleno”.

Sobre los alcances de la cobertura, destacó que “se deberá extender hasta la consecución del embarazo, tal como fue peticionado por los actores, con el límite de hasta tres tratamientos de alta complejidad anuales”. Ello incluyendo “toda técnica y/o procedimiento para la implantación de los embriones en el cuerpo de la gestante solidaria, señora N. V.; ovodonación, medicación y criopreservación.

Asimismo, ordenó que con carácter previo al cumplimiento de la sentencia “la gestante N. V. deberá presentar en autos el consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Gestación Solidaria, acreditar que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento aquí ordenado, sin voluntad procreacional alguna”, junto con una “declaración jurada acerca de que el sometimiento es en forma totalmente solidaria, desinteresada de cualquier tipo de beneficio económico”.

Finalmente, sostuvo que “los actores deberán realizar el tratamiento de fertilidad en la institución elegida (PROCREARTE) solo en caso de que aquella sea prestador de la demandada y cumpla con los recaudos establecidos por la normativa aplicable, pues de lo contrario, deberá cumplirse con la cobertura con los profesionales propios y/o contratados por la demandada que cumplan con los recaudos previstos por la norma. Y es que de lo contrario, de accederse sin más a los requerimientos de cobertura de los afiliados en instituciones no contratadas, o a través de profesionales que no pertenecen al staff de la entidad asistencial, se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales y entidades de medicina prepaga”.

2. Contra esa decisión, la demandada interpuso y fundó —en el plazo legal— recurso de apelación (fs. 116/119), el que fue concedido a fojas 120.

En su memorial, señaló que “[c]ontradiendo su propio raciocinio [al denegar la medida cautelar] el magistrado [la] condena [...] a otorgar cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente, fragmentando la seguridad jurídica que debería garantizar”, bajo una interpretación discrecional y sesgada del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordó que la negativa a la prestación se sustentó en que “del plexo normativo que componen la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/2013 y la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud y demás resoluciones, el tratamiento solicitado no se encuentra contemplado y por ende no es exigible a los efectores de salud que proveen servicios en nuestro país”.

En lo sustancial se agravó de “la discrecionalidad del magistrado y la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y Legislativo”, pues se arrogó “una función atribuida a otros órganos del estado bajo pretexto de una interpretación, cuando en la realidad de los hechos el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica médica en la normativa”.

Destacó que la decisión perjudica a “los 60.000 afiliados que componen [su] padrón, los que se [verán] afectados por un gasto que oscila en los 5 y 20 millones de pesos para un solo tratamiento de fertilidad, el que se multiplicaría por cada tratamiento que se inicie y fracase”.

3. El artículo 43 de la Constitución Nacional, en su parte respectiva, dispone que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

De acuerdo a la norma reseñada el objetivo de la acción de amparo es prevenir o, en su caso, restablecer derechos fundamentales, afectados por un proceder manifiestamente ilegítimo (Fallos: 316:1768 y 317:1128).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, reiteradamente, que la acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, han sido calificados de imprescindibles (Fallos: 319:2955; 321:1252 y 323:1825, entre otros).

4. De los antecedentes del caso surge que los actores solicitaron a la obra social demandada la cobertura del tratamiento de fertilización asistida con ovodonación, con gametos propios, mediante gestación solidaria. Argumentaron que si bien la práctica no

se encontraba regulada, está incluida dentro de las técnicas de alta complejidad previstas en el artículo 8º. La solicitud fue acompañada de una orden médica en la que se indica la subrogación uterina.

La demandada resolvió “No hacer lugar [...] a la práctica subrogación uterina”. Ello, en tanto “la División Asistencia Sanitaria (Dr. Carreras) mediante IF-2020-17433338-DOB#SPF manifestó que lo solicitado no se encuentra incluido dentro de la ley de fertilización asistida 26.862/13”.

También se expuso “[q]ue la División Asesoría Jurídica señala que existe un vacío legal en el caso que nos ocupa; y en virtud de lo expuesto en nuestro país el alquiler de vientre no está legislado, por lo que dicha práctica no se encuentra en el PMO, y no es de cobertura de obras sociales”.

5. La Ley N° 26.862 tiene como objetivo garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1º), entendidos como aquellos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (art. 2º).

Están comprendidas en la norma “las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

El artículo 7º establece que “[t]iene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

Por su parte, el artículo 8º de la Ley N° 26.862 dispone —en lo pertinente— que “[e]l sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación...”

La reglamentación aclara que “[s]e entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante”.

Y, por técnicas de alta complejidad, “a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

A su vez, dispone que “[l]a Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud, conforme las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud” (art. 2º del Decreto N° 956/13).

Finalmente, exige que tanto la persona que requiera la realización del tratamiento, como la que hubiese donado gametos y/o embriones, presente un consentimiento informado. Aclara que las donaciones de gametos o embriones nunca tendrá carácter lucrativo o comercial (arts. 7º y 8º).

6. Puede advertirse que la normativa reseñada no prevé, de forma expresa, la posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución. Esa falta de regulación, según mi parecer, debe interpretarse armónicamente conjugando esas disposiciones con el resto del sistema normativo y ponderando, especialmente, los fines a los que propende.

En este marco, corresponde tener presente que, si bien la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, es propio de la exégesis buscar el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, considerando que su inconsecuencia o falta de previsión no se suponen, por lo que toda interpretación adecuada debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptar como verdadero el criterio que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 319:1131; 335:2524; 338:962; 339:323 entre muchos otros).

7. Así, tal como surge de los considerandos del Decreto N° 956/2013, en la ley “prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia”.

En los referidos considerandos se lee que “el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)” y “se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud”.

En cuanto aquí interesa, mediante la Ley de Reproducción Medicamente Asistida se procuró garantizar también el derecho de protección de la familia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en

el 10º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —entre otros cuerpos normativos— (conf. dictamen del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, en Fallos: 338:779).

Tales preceptos reconocen, en esencia, “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas...” En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación N° 19, referida al artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sostenido que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear.

Desde esta perspectiva, el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida constituye un aspecto del derecho a la salud que se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a fundar una familia. Los aludidos tratamientos, así contextualizados, se evidencian como instrumentos para la consecución de un fin último, cual es posibilitar el ejercicio del derecho de toda persona a la paternidad y/o maternidad.

8. Conforme a esa finalidad, el Cód. Civ. y Com. de la Nación reguló una tercera fuente filial derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en forma específica y diferenciada de los supuestos de filiación por naturaleza y filiación por adopción. Ello, considerando las particularidades propias del uso de estas técnicas “que repercuten directamente en el campo filial” (Rodríguez Iturburu, Mariana, “Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en <https://salud.gov.ar/dels/printpdf/116>).

Así, el artículo 558 del citado código establece que “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción” y que cualquiera de ellas “surten los mismos efectos”. En lo que respecta a las TRHA, el elemento sobre el que se asienta la determinación de la filiación de los nacidos mediante ellas es la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento informado.

En ese contexto, los artículos 560 y 561 del Cód. Civ. y Comercial establecen las condiciones y la forma en la que ese consentimiento —previo, informado y libre— debe ser recabado por el centro de salud, en atención a la importancia que ostenta en el campo de la filiación derivada de las TRHA, con independencia de quien haya aportado el material genético.

Así, el Cód. Civ. y Comercial incorporó a las TRHA como una tercera fuente filial con características propias, en especial, en lo referido a la voluntad procreacional. Sin embargo, el citado cuerpo normativo contempla limitaciones expresas a esa voluntad. Por caso, el artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, última parte, establece categóricamente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

A su vez, en cuanto aquí interesa, el artículo 562 del citado cuerpo normativo señala que “los nacidos por las técnicas de reproducción asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

De esta manera, el legislador —mediante una norma que no es disponible para las

partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional (CNCiv., Sala k, en “F. R. R. y otro c. G. P. M. A. s/ impugnación de la filiación”, sentencia del 28/10/2020).

9. Sobre la base de tales previsiones y el principio de integralidad en la interpretación de las normas, en mi opinión la gestación por sustitución es una práctica que no puede considerarse admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino.

En este punto, cabe destacar que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Cód. Civ. y Com. de la Nación optó, expresa y deliberadamente, por excluir la figura de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, por considerar que “encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura”, lo cual exige, a juicio del Congreso, un debate más profundo e interdisciplinario.

En consecuencia, al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la gestación por sustitución, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida, como pretende la parte actora (CNCiv., Sala K, en “F. R. R. y otro c. G. P. M. A. s/ impugnación de la filiación”, Expte. N° CIV 33.409/17, sentencia del 28/10/2020).

Cabe agregar que el legislador, de modo coherente con la decisión de excluir a la gestación por sustitución como práctica admitida, dio una solución legal para la determinación de la filiación resultante a través del art. 562 del Cód. Civ. y Comercial, antes citado. Como se ha señalado, la regla establecida por el legislador tuvo el deliberado propósito de excluir el contrato de gestación por sustitución del derecho argentino (conf. Basset, U., “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?”, en LA LEY, 2016-C, 88).

En consonancia con este criterio, el Código estableció soluciones que se complementan de modo coherente con la decisión adoptada en materia de gestación por sustitución. Entre ellas, el artículo 17, que prohíbe los contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

De esta manera, según mi parecer, el proceder de la obra social al denegar la cobertura requerida no luce como manifiestamente arbitrario o ilegítimo, en los términos que exige la vía intentada, pues se fundó en la falta de regulación en la Ley N° 26.862 de la práctica “subrogación uterina”, efectuando una interpretación que resulta consistente con el marco normativo en el que esa norma se inserta.

10. Por otra parte, cabe destacar que la cuestión, conforme fue articulada, no se circunscribe a establecer el alcance del derecho a la salud de los actores bajo los estándares antes señalados, sino que se encuentra inescindiblemente vinculada a la filiación de la gestante con quien pueda nacer bajo ese método.

Como los propios actores reconocen, la finalidad de la acción es concretar su proyecto familiar y lograr “ser padres”. La concreción de ese derecho se asienta, de forma inexorable, sobre las disposiciones sobre filiación y colisiona con una previsión normativa de orden público, que expresamente emplaza a “quien da a luz” como madre del nacido (art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Tal vinculación entre el derecho a la salud de los actores y las reglas sobre la filiación previstas en el citado Código, por cierto, sur-

ge manifiesta de los términos de la misma sentencia, en cuanto ordenó a la gestante presentar el consentimiento informado en el que exprese su voluntad de someterse al tratamiento “sin voluntad procreacional alguna”, aspecto este último mediante el cual se pretendería eludir la relación filiatoria que surge del referido imperativo legal.

Sin embargo, al proceder de tal modo, el juez de grado no solo soslayó lo dispuesto en los artículos 562 y 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —que impiden al ejercicio del derecho a la procreación pretendido por los amparistas mediante el método de gestación por sustitución, en tanto reconocen indefectiblemente el vínculo filial con quien dio a luz al mismo tiempo que obstan a la existencia de más de dos vínculos filiales —, sino que también prescindió de considerar que ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello importaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En estos términos, según mi parecer, la vía escogida —acción de amparo contra una obra social tendiente a obtener la cobertura de una prestación— no resulta idónea para el apropiado análisis de la cuestión filiatoria sobre la que se asienta la pretensión y que involucra la aplicación de normas de orden público. La dilucidación de ese aspecto, además, no puede ser diferida para su debate en una etapa posterior al dictado de la sentencia, pues la índole de los derechos en juego exigía un adecuado examen del asunto —por el fuero competente y a través del cauce procesal pertinente—.

Como se ha señalado “el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”, y “en el derecho de familia, la voluntad individual está más restringida que en el resto del derecho privado por las normas de orden público (...) El interés especial que tiene el Estado en las relaciones familiares determina que las normas familiares por lo general sean imperativas o/e irrenunciables, de orden público y dirigidas a la satisfacción del interés familiar” (conf. Medina, Graciela, “Orden público en el derecho de familia”, LA LEY, 2015-F, 742).

11. Por tales motivos, considero que corresponde admitir el recurso de apelación de la accionada y revocar la sentencia en cuanto ordenó la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida mediante gestación por sustitución.

Dejo así contestada la vista conferida y solicito ser notificado de la resolución que oportunamente se dicte.— Buenos Aires, marzo 10 de 2022. — *Rodrigo Cuesta*.

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, marzo 22 de 2022.

*Considerando:* 1. Los actores promovieron acción de amparo contra la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal a fin de que se la condenara a proveer la cobertura económica integral de la técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la Sra. D. S. O. o, en su caso, con ovodonación proveniente de Banco, y gametos masculinos aportados por el Sr. R. E. S., en el cuerpo de la gestante solidaria, N. V., con estudios, medicación y técnicas complementarias hasta lograr el embarazo y nacimiento. Además solicitaron el reintegro de los gastos en medicamentos en los que incurrieran para el inicio del tratamiento que luego se viera frustrado por la negativa de cobertura de la demandada, con intereses. También pidieron que se dispusiera la cobertura cautelarmente (cfr. escrito inicial a fs. 2/24, puntos I y V).

Expusieron que la señora D. S. O. tuvo que someterse a una histerectomía por complicaciones derivadas del nacimiento de su primer hijo con una pareja anterior. Relataron que debido a ello y ante el deseo de ser padres, consultaron con la institución Halitus y posteriormente con Procrearte para interiorizarse de la denominada “gestación solidaria”, pero en ambos casos los presupuestos superaban sus posibilidades económicas. Como esta última es prestadora de la demandada, presentaron la solicitud de cobertura fundada en la orden médica de un profesional de esa institución, pero fue denegada mediante el acto administrativo que citaron. Añadieron que el reintegro de los gastos en medicación que habían afrontado también les fue rechazado. Fundaron su pretensión en la protección constitucional y convencional del derecho a la salud, en la ley 26.862 y sus normas complementarias. Explicaron que si bien el Cód. Civ. y Com. de la Nación no regula la gestación solidaria, establece las pautas para determinar la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo fundamental la voluntad procreacional. Invocaron el derecho a la planificación familiar y alegaron el carácter discriminatorio de la decisión de la obra social. En suma, sostuvieron que la negativa a cubrir el tratamiento

de fertilización asistida que requieren resulta una conducta palmariamente arbitraria e ilegítima de la demandada, que colisiona manifiestamente con las normas que regulan la materia y lesiona en forma cierta y actual sus derechos reproductivos y el derecho a la salud.

Al producir el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, la demandada fundó su denegación en la falta de previsión normativa de la prestación solicitada. Alegó el alto costo y la posibilidad de tener que reiterar el tratamiento, por lo cual imponer la cobertura iría en desmedro de la atención médica del resto de los afiliados. Señaló la calidad de no afiliada de la “gestante solidaria” por lo que su parte debería gestionar un vínculo con esta a efectos de otorgar la cobertura y el actor, realizar el aporte de ley correspondiente, asimilándola como parte de su grupo familiar primario. Añadió el desconocimiento de sus condiciones personales y del eventual vínculo contractual entre las partes. Destacó que “la capacidad gestacional no es un bien que esté en el comercio y pueda ponerse a la venta”. Además invocó la falta de agotamiento de la vía administrativa (cfr. escrito del 17/03/2021 a fs. 63/70).

La resolución del 30/03/2021 rechazó la medida cautelar (fs. 68) y el recurso interpuesto por la actora (fs. 72/79) fue declarado extemporáneo (fs. 80).

2. La sentencia apelada hizo lugar parcialmente al amparo promovido y condenó a la demandada a otorgar a los actores la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la actora o, en su caso, provenientes de banco, y gametos masculinos proporcionados por el actor, en el cuerpo de la gestante solidaria N. V., todo ello con los alcances establecidos en el considerando IX. También resolvió que, con carácter previo, la gestante debería presentar en autos el consentimiento informado para formalizar el “Instrumento de Gestación Solidaria”, acreditar que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento ordenado, sin voluntad procreacional alguna. Además, debería acompañar declaración jurada acerca de que el sometimiento es en forma totalmente solidaria, desinteresada de cualquier tipo de beneficio económico (cfr. considerando X. Empero, rechazó el reintegro de gastos (ver considerando VIII). Las costas fueron distribuidas en el orden causado.

3. La demandada se agravia de esta decisión. Manifiesta que la denegación de cobertura se sustentó en que el tratamiento solicitado no está contemplado en el plexo normativo que componen la ley 26.862, su

decreto reglamentario 956/2013 y la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud. Señala que la resolución contradice el razonamiento para denegar la medida cautelar y la condena a otorgar la cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente. Alega que la decisión se funda en una interpretación discrecional del art. 19 de la Constitución Nacional. Destaca la vulnerabilidad de su patrimonio, cuyo déficit presupuestario aumentaría la cobertura requerida y añade que no recibe aportes del Fondo de Solidario de Redistribución. Se queja de la discrecionalidad que atribuye al magistrado y de la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Pone énfasis en que el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica en la normativa.

4. Los actores sostienen que el planteo de la cuestión presupuestaria es tardío y que hallándose incluida la prestación de fertilización asistida en el PMO, la demandada debió prever el requerimiento por sus afiliados. Destacan que lo solicitado surge de las consultas con un centro de reproducción asistida con el que la demandada tiene convenio. Alegan que las prestaciones están incluidas en el PMO conforme el art. 8º del decreto 956/2013 que transcriben.

5. La materia objeto del recurso encuentra adecuada respuesta en el dictamen del Señor Fiscal General de fs. 129/142, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En consecuencia, corresponde revocar la resolución apelada, con costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la novedad de la cuestión involucrada (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal y art. 17 de la ley 16.986 aplicable en función del trámite asignado a fs. 57).

Así se decide.

En atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal se dejan sin efecto los honorarios regulados a la letrada patrocinante de los actores, Dra. Flavia Jaquelina Massenzio y, ponderando el mérito, la eficacia y extensión de los trabajos realizados y la naturaleza de la causa, se los fija en ... UMA —equivalentes a \$ ...— (arts. 16, 29, 48 y 51 de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/2022). Por los trabajos de Alzada, considerando análogas razones y el resultado del recurso, se regulan los honorarios de la Dra. Massenzio en ... UMA, equivalentes a la fecha a \$ ...—; art. 30 y cit. de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/2022. La Dra. Florencia Nallar no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese —también al Señor Fiscal General— y devuélvase. — *Fernando A. Uriarte*. — *Juan Perozziello Vizier*.

## Jurisprudencia

### Derecho al sufragio del penado

**Posición asumida por el Ministerio Público Fiscal. Ausencia de contradictorio.**

1. - La posición asumida por el representante del Ministerio Público Fiscal alcanza a cubrir la exigencia de fundamentación —más allá de su acierto o no— y sella la suerte favorable de la inconstitucionalidad de la restricción del derecho a voto de los condenados y restringe a la jurisdicción para adoptar una solución más gravosa.

2. - La propuesta interpretativa sostenida por el representante del Ministerio Públi-

co Fiscal se muestra congruente con las pretensiones de la recurrente y sin contradicción (del voto del Dr. Yacobucci).

**CFed. Casación Penal, sala 2º, 05/04/2022. - A., C. L. s/ legajo de casación.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25427/2022]

Buenos Aires, abril 5 de 2022.

El doctor *Slokar* dijo:

-I-

1º) Que el juez a cargo de la ejecución penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mar del Plata, con fecha 30 de septiembre

ppdo., en la causa FMP 015970/2016/T001/8/2 de su registro resolvió: “1) habiendo celebrado con fecha 12 de septiembre las PASO, corresponde tener por caído en abstracto, la pretensión incoada por la defensa, 2) no hacer lugar a la rehabilitación pretendida por la defensa... por no adecuarse a los arts. 5, 12 y 19 CP, 3) rechazar el planteo de inconstitucionalidad incluido subsidiariamente...”

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad, que fue formalmente concedido y oportunamente mantenido.

2º) Que la recurrente incardinó el reclamo con la invocación de vicios *in iudicando* e *in procedendo*, de conformidad con el numeral 456 del rito.

Alegó “[L]a inobservancia de la ley sustantiva en cuanto se sostiene en el fallo atacado que en el caso de autos no se encuentran reunidos los requisitos para aplicar el art. 20 ter del CP, vulnerándose los arts. 18, 19, 75 inc. 22 CN, 7 y 8 CADH, 9 y 14 PIDCP, 5, 20 ter y 24 del CP. 220 de la ley 24.660”.

Asimismo, aseveró que: “La resolución recurrida adolece de errores *in procedendo* ya que vulneró el principio acusatorio al rechazar el incidente pese al Dictamen MPF favorable respecto al pedido de rehabilitación”.

Sostuvo además que el *a quo*: “efectuó una valoración arbitraria de los antecedentes de autos y elementos probatorios arrimados a este incidente, lo que la descalifica como