

Partes: S. M. D. y otros c/ A. S. S. s/ filiación

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: I

Fecha: 28-ago-2020

Fallo:

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veintiocho días del mes de agosto de dos mil veinte, reunidos de manera virtual los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en los autos «S. M, D y otros c/ A. S. S. s/ Filiación», expte. n°: 55.012/2017, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dra. Paola M»A» Guisado y Dr. Juan Pablo Rodríguez.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. Guisado dijo:

La sentencia dictada a fs. 92/99 admitió la demanda entablada y dispuso desplazar a S.S.R. (DNI .) del estado de madre de A.C. (DNI .) y emplazar en carácter de madre de la misma a M.D.S. (DNI .). Asimismo impuso a los progenitores procreacionales la obligación de hacerle saber a su hija menor como fue concebida y gestada. Por último, ordenó que las costas sean soportadas en el orden causado.

Contra la misma se alza únicamente el Sr. Agente Fiscal quien dictaminó a fs. 120/126, el que fue contestado en forma conjunta por las partes a fs. 126/141 y por la Defensora Publica Tutora a fs. 149/53. A fs. 145/43 obra el dictamen de la Sra. Defensora de Menores de Cámara, pese a que no es parte apelante en el caso.

El citado ministerio apelante sostuvo en su dictamen que la sentencia en lo sustancial destacó la relevancia del concepto de voluntad procreacional

en la determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida. Sobre la base de las disposiciones del Código Civil y Comercial en materia de filiación por TRHA expresó en lo sustancial que lo distintivo y definitorio para que se determine el vínculo filial es la voluntad procreacional, independientemente de quien haya aportado los gametos, pues el dato genético no resulta imprescindible para establecerla.

Continúa diciendo que el pronunciamiento añadió que el emplazamiento materno, que es lo que se discute en las actuaciones, se decide por los principios establecidos en el Código Civil y Comercial sin que sea necesario tachar de inconstitucional norma alguna para desplazar a la encartada de su vínculo materno filiar con A. C. (v fs. 98 vta 2do párrafo).

En este orden, entonces, partiendo de la premisa de que en materia de determinación de la filiación derivada de TRHA primaba la voluntad procreacional concluyó que para impugnar la maternidad en estos casos debe acreditarse «la inexistencia de voluntad procreacional» de parte de la gestante a los fines de que la acción prospere, pues la falta de vínculo genético en estos casos no es motivo suficiente para tener por configurado el desplazamiento filial.

De esta forma el Fiscal de cámara continúa diciendo que sobre tales bases afirmó que la circunstancia de que la demandada no posea ningún nexo genético con la niña no era suficiente para impugnar su emplazamiento materno sino que debía analizarse la voluntad procreacional, y en razón de que ese elemento volitivo no está ni nunca estuvo presente en la mujer gestante, según lo manifestado en el consentimiento informado, resultaba procedente la acción de impugnación de su maternidad por carecer de voluntad procreacional respecto de la niña.

La sentencia -agregó- que en el caso concreto debiendo decidirse sobre el emplazamiento materno de una niña de dos años (en ese momento), es su superior interés el que debe prevalecer frente a toda otra consideración, e hizo radicar ese interés en que su filiación no quede determinada por el solo hecho del parto frente a la realidad de la falta de voluntad procreacional (e incluso de nexo biológico) de la mujer gestante respecto de la niña. Finalmente entendió que correspondía emplazar a la actora como madre de la niña teniendo en cuenta que fue quién expreso

su voluntad procreacional a través del consentimiento informado y asumió y ejerció la correspondiente responsabilidad parental desde el nacimiento de la menor.

Sobre estos lineamientos el representante del ministerio público fiscal expresa que sus agravios se centran en el apartamiento por parte de la sentencia de las normas en materia filiatoria que rigen el caso de autos. Pues considera que prescindió lisa y llanamente de aplicar las normas en cuestión sin que las partes hubieran planteado su inconstitucionalidad y sin que aquella hubiera formulado una declamación con tal contenido.

Por otro lado se queja de que en la sentencia se haya omitido dar tratamiento a las objeciones que introdujo la fiscal de grado.

Asimismo, continúa su expresión de agravios aludiendo a la falta de admisión de la práctica de gestación por sustitución, alude a los dichos de la Comisión Bicameral para la Reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que 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 que cual exigía a juicio del Congreso de un debate con mayor profundidad y de carácter interdisciplinario.

Alude a que el legislador excluyó a la gestación por sustitución como práctica admitida dando una solución legal para la determinación de la filiación resultante a través del artículo 562 del Código Civil y Comercial al determinar la filiación materna por el parto que obedece a una misma regla tanto en el ámbito de la filiación por naturaleza como en el de la que es fruto de la TRHA.

Por ello, entiende que a partir de lo expuesto la solución adecuada del caso consiste en aplicar la norma legal tal como la concibió el legislador.

Para ello alude a los fundamentos que esbozara la fiscal de grado al referir que el derecho positivo previó expresamente la regla aplicable para todos los casos en que se utilicen técnicas de reproducción humana asistida y esa regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz al niño. Y ello se aplica con prescindencia de si la mujer gestante tiene o

no vinculo genético con el menor y de si ha existido o no voluntad procreacional por parte de la misma.

Sobre la base de dicha regla legal y la sentada por el art. 558 del Código Civil y Comercial en cuanto a que sólo pueden existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir las pretensiones objeto de este proceso es prescindir de aplicar la referida norma de orden público. Por ello considera que la decisión adoptada al dejar de aplicar la solución prevista por el legislador para el caso y admitir la posibilidad de impugnar la maternidad de la mujer gestante sobre la base de la acreditación de la inexistencia de voluntad procreacional sin que medie planteo ni declaración de inconstitucionalidad de las normas, resulta arbitraria.

Entre otros argumentos expresa que la voluntad procreacional sirve para ser causa ocurrente o exclusiva del vínculo jurídico entre el otro progenitor y el niño concebido por técnicas de reproducción asistida, es decir que dicha voluntad no sirve para determinar la maternidad dado que esta se determina por el vientre más allá de todo consentimiento, en otras palabras, dice, la voluntad procreacional rige en el ámbito en donde no rige el vientre, como una nueva norma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

Por otro lado, considera que la sentencia ha fundado la solución en una errónea ponderación del interés superior de la menor y del contenido del derecho a la identidad, pues entiende que dicha afirmación no refleja más que una opinión personal sin sustento en el ordenamiento jurídico, pues la definición de lo que en el caso mejor atiende al interés superior del niño debe efectuarse a partir de los valores y principios que surgen de las normas jurídicas. Y desde este lugar surge que el legislador no admitió por el momento la práctica de la gestación por sustitución y ha ponderado que, en ese contexto, el interés superior del niño se preserva manteniendo la regla de que es hijo de la madre que lo gestó y brindándole a través de la adopción por integración obtener un vínculo filiatorio.

Por todo lo expuesto concluye que la sentencia no aportó ningún fundamento consistente para soslayar en el caso la aplicación de la regla establecida en el art. 562 del Código Civil y Comercial, reiterada en la cláusula tercera de las disposiciones transitorias. En síntesis, solicita que

se revoque la sentencia apelada y deja en su caso planteado el caso federal.

Puestas las actuaciones a análisis a los fines de dar tratamiento a la cuestión, me permito desde ya adelantar mi opinión en el sentido que los agravios enunciados por el Fiscal de Cámara no serán admitidos, por las razones que seguidamente pasaré a exponer.

Sin lugar a dudas en el contexto actual la determinación de la filiación se ha convertido en una cuestión compleja. Ello lo resume la Convención sobre los Derechos del Niño; pues está compuesta por elementos genéticos, epigenéticos, afectivos, culturales, de cuidado, voluntarios entre otros. Pero en mi opinión es más que eso. Ya el antropólogo y jurista francés Pierre Liendre dijo «no es suficiente producir la carne humana, es además necesario instituir la». Así, a diferencia de todas las demás especies la filiación humana tiene que ser dicha y es un fenómeno social oponible a otros a través de un emplazamiento jurídico del que llevan cuenta registros estatales.

El problema consiste en determinar cuáles de esos múltiples elementos que en el «mundo de la realidad» hacen que los hijos sean hijos, lo sean en el mundo del derecho. Es necesario ver cuáles de todos los elementos que ofrece la naturaleza corpórea, psíquica, espiritual social y afectiva del hombre son considerados relevantes por el derecho como para determinar la filiación que unirá de por vida a un padre con su hijo.

En última instancia la determinación de la filiación en los casos con los que nos desafía el desmembramiento de la identidad en el derecho contemporáneo, obliga a un ejercicio mucho más profundo: pues el Juez debe decidir a qué padre silencia y a que padre le da lugar.

Desde un punto de vista teórico está lo que la doctrina española ha denominado fuentes jurídicas concurrentes, y fuentes jurídicas suficientes de emplazamiento. Las primeras son las que deben actuar conjuntamente para producir la transformación de la filiación que es del mundo de la realidad, en la filiación en un mundo del derecho, así la primera cuestión es dejar establecido que los elementos que el derecho requiere para franquear el paso de la filiación real a la filiación jurídica, puede ser múltiple y eventualmente concurrir.

La elección de los elementos relevantes para decidir quién es hijo y quién no en el mundo jurídico no es cosa menor, el derecho puede envilecer a la persona y dignificarla, todo depende de si el derecho reconoce la persona y si otorga dignidad, o si se apropia del fenómeno jurídico sin dar espacio a su constitución interna.

Pero aun así en el marco de descripción de la complejidad de la cuestión a decidir, no puedo compartir que la única solución sea específicamente la que la norma prevé, tal como el ministerio público pretende aplicar el caso, so pretexto de calificar la decisión en cuestión como arbitraria.

Nada más alejado de la realidad en este sentido, pues no encuentro en absoluto que una sentencia que reconozca derechos en base a los hechos plasmados en un caso en particular pueda convertirse en una pieza contraria a derecho, menos aún si esa disposición legal puede no contener los presupuestos fácticos del mundo real.

No está en discusión la voluntad procreacional, pues es un punto que no ha sido objetado bajo ningún aspecto, pero no puedo soslayar que en definitiva en el caso se encuentra por demás acreditado la falta de filiación biológica de la niña con quien ha sido su gestante. Es una prueba que fue agregada ab initio y que no ha sido cuestionada frente a su realidad.

De allí que a mi entender en un contexto como el que nos ocupa sería tan absurdo obligar el emplazamiento de una persona como madre de un niño con quien no tiene vinculación biológica alguna solo por el hecho físico del haber dado a luz cuando manifiesta expresamente que pretende ese desplazamiento, como negarle a ese niño el derecho de quedar emplazado como hijo de la persona que ha manifestado desde su comienzo la voluntad procreacional de convertirse en su madre.

Forzar una situación real por una disposición legal que, en definitiva, no contempla una circunstancia real so pretexto de que ella fue la voluntad del legislador, parece una actitud desprovista de los elementos necesarios que conllevan a una solución justa y adecuada a cada caso.

De allí que, más allá de compartir o no los fundamentos éticos o morales que el ministerio trae a colación acerca de la gestación por sustitución, no se trata en el caso de evaluar dicha circunstancia que ya está consumada

sino que analizar la legitimidad del planteo que se hace en relación al emplazamiento/desplazamiento de la maternidad en el caso.

Insisto que el legislador no haya contemplado aún -y digo aún porque en los últimos tiempos se ha avanzado para generar un escenario de un nuevo debate ante la realidad sobre el tema-, no significa que no puedan evaluarse en cada caso concreto la viabilidad del reclamo que se formula. Y ello no convierte en arbitraria la solución que se adopte en la medida que encuentre fundamento lógico. Y ello puede hacerse sin que necesariamente deba declararse la inconstitucionalidad de una norma, pues son quizás aquellos fundamentos especiales y concurrentes del caso que permite apartarse de la misma sin lesionar su condición normativa.

En razón de lo expuesto es que no comparto el argumento de que la sentencia sea arbitraria.

En otro orden de ideas la queja que formula el ministerio acerca de la interpretación del interés superior del niño como fundamento de la admisión del reclamo, tampoco podrá ser admitida.

No comparto tampoco que el legislador haya entendido que el interés superior del niño esté dado por el cumplimiento de la norma que dispuso en la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, pues existen numerosas normas incorporadas y con rango constitucional que permitirían sostener que el interés superior del niño pueda considerarse cumplido a raíz de otras disposiciones legales.

Es que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable. De allí que en la mirada, efectuada la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de la gestación por sustitución y la madre comitente, aparece incomprensible con el interés superior del niño que exige como mínimo que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

Es que lo que se plantea en el contexto del reconocimiento de una relación jurídica paterno filiar entre los niños nacidos por gestación por sustitución

y los padres comitentes va más allá de la cuestión de la identidad de aquellos, intervienen otros aspectos esenciales de su vida privada cuando se trata del entorno en el que viven y se desarrollan, y de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar. Esta debería ser la práctica que debiera implementarse ante hechos como el que nos convoca.

En razón de ello no comparto que el interés superior del niño sea únicamente la aplicación lisa y llana de una norma por considerar que fue lo que el legislador entendió, por el contrario la situación justifica y amerita un análisis integral y particular de la cuestión.

Aludidas las cuestiones más trascendentales del dictamen del Fiscal de Cámara, y siguiendo los lineamientos expuestos, no puedo soslayar que de la audiencia celebrada en el pasado 5 de agosto con las autoridades del Tribunal, las partes y los representantes de los ministerios públicos, he podido advertir con claridad y sin ninguna duda cuales han sido las intenciones de los involucrados. Tanto por parte de la actora que ha expuesto las razones de su reclamo, quien además ha dado expresa cuenta de que se cumple acabadamente con el conocimiento por parte de la menor de la situación en que fue gestada, como así también por parte de la demandada quien ha dado sus propias razones para coincidir en el presente reclamo. Razones por demás valederas que deben ser claramente atendidas.

He aquí un paréntesis de la cuestión pues generalmente se expone en este tipo de cuestiones la prohibición o falta de permiso para la gestación por sustitución, como así el interés superior del niño pero nunca se expone acerca de lo que ocurre y cuál sería el planteo de la mujer que ha sido gestante. No es un dato menor a considerar, justamente por todo lo que el emplazamiento de un estado significa.

Tal conocimiento real de la situación me permitió clarificar que sin lugar a dudas la decisión adoptada en la anterior instancia se adecua a la realidad del caso, lo que invalida cualquier calificación de arbitrariedad.

Por otro lado la decisión de que se trata acompaña varios antecedentes sobre la cuestión que han arribado a la misma conclusión aunque no se fundaran de igual manera.

Así la sala H de esta Cámara tuvo oportunidad de expresarse (conf. S.T.V. s/ inscripción de nacimiento, del 15/03/2018) al respecto en el sentido que la utilización de las TRHA ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales (conf. Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm «Ampliando el campo de derecho filial en el derecho argentino, Texto y contenido de las técnicas de reproducción humana asistida», Revista de Derecho Privado año 1 nro 1, Ediciones Infojus).

En este orden ha dicho que el eje central en que se asienta la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es la llamada voluntad procreacional, que se evidencia en la intención de ser padres, con total independencia del aporte del material genético, esa voluntad procreacional es querer engendrar un hijo darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. Es en dicha inteligencia que el nuevo ordenamiento sustantivo en su art.562 coloca a la voluntad procreacional en el pilar sobre el cual se edifica el régimen jurídico en materia filial en las técnicas de reproducción humana asistida, se reconoce que la identidad no solo surge del lazo biológico sino que también hay otros modos y otros lazos como el volitivo de gran relevancia para la determinación filial en el campo de la adopción como así también en materia de reproducción asistida.

El Código en total consonancia con principios constitucionales e internacionales valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder a la maternidad/paternidad importando solo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo y/o personas solas, Es así como comienza a formarse el concepto de voluntad procreacional en el cual toma relevancia la voluntad de ser progenitor de un niño concebido con gametos propios o donados, por medio del elemento volitivo y no el genético biológico (Marisa Herrera, código Civil y Comercial de la Nación, Dr. Ricardo Lorenze tti, 1 era ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015 T III, p 503).

Ahora bien, así como se consagra que la voluntad procreacional es la que determina la filiación habida de estas técnicas, del mismo art 562 en los términos en que ha quedado redactado prevé que los niños nacidos por estas técnicas también son hijos de quien dio a luz. De ahí que se discuta si la gestación por sustitución se encuentra admitida en nuestro ordenamiento. Pero es en este sentido en donde entiendo que no necesariamente el legislador al establecer la redacción del artículo mencionado haya previsto que los niños habidos de una gestación por sustitución hayan sido incluidos, si en definitiva como el ministerio dice es una práctica no permitida.

Es decir el interrogante estaría dado por la razón de que si el legislador no la previó como técnica, cómo puede asegurarse que efectuada la misma quede reglada mediante un artículo del código que quizás se refiera a todos los otros supuestos en los que se utiliza las técnicas de fertilización asistida pero no por sustitución.

De allí que al considerar que no puede afirmarse tal cuestión, estaríamos frente a una situación no reglada por el Código, lo que habilita a interpretar los hechos de manera tal que puedan quedar amparados por otras normativas a las que ya he aludido y que tienen como dije raigambre constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

En el marco descripto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de la gestación por sustitución al resolver con fecha 26/06/2014 dos casos similares ante el mismo país, Francia. Se trató de los casos «Mennenson» y «Labassee». En dicha ocasión puso de resalto que se había socavado la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa y señaló que las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quienes figuraban según esa legislación como padres, sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados, estándar básico o esencial para que el tribunal europeo responsabilice o no a un Estado (Herrera Marisa, Lamm Eleonora «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución Prohibir silenciar regular o fallar» La Ley 2014-D 1165) Dos años más tarde el mismo tribunal decidió en los casos Foulon y Bouvet contra Francia en similar sentido, luego de valorar que ante la

negativa del país de transcribir el acta de nacimiento de los niños nacidos en la India producto de esta técnica de gestación por sustitución, se había violado el derecho al respeto de la vida privada de los niños implicados, en similar sentido se pronunció en el caso *Affaire LAboire* contra Francia resuelto el 10/01/2017 respecto de un niño nacido en Ucrania.

En definitiva lo que queda en evidencia es que la falta de regulación de la gestación por sustitución se transformó en una admisión de la práctica que colocó a los jueces en la necesidad de valorar cuestiones relativas a las mismas.

Es así que entonces si tenemos en cuenta que la ley 26862 sobre Acceso integral a los procedimientos y técnicas médicas regula la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida y que éstas no podrán introducir requisitos o limitaciones que implique la exclusión debido a la orientación sexual, a mi criterio el art.562 no regula todas las situaciones que podrían llegar a darse a través de estas técnicas. Y la gestación por sustitución claramente podría entenderse que no se encuentra en consecuencia alcanzada por la misma, sea que se trate de parejas heterosexuales que deben recurrir a esta técnica o incluso de parejas del mismo sexo.

En este lineamiento la redacción del art. 562 como fue aprobado y pese a los términos de la ley 26862 mencionados, no resulta amparar todos los supuestos, sino que aparece incompleta. De allí que no sea ni siquiera necesario como ya he dicho declarar la inconstitucionalidad de dicha norma pues considero que la situación que nos convoca no se encuentra contemplada en la misma, lo que me lleva en razón de las circunstancias ya apuntadas a considerar la viabilidad del reclamo por encontrar acreditados los extremos fácticos necesarios que me convencen de la necesidad de admitir el desplazamiento y posterior emplazamiento de la maternidad tal como fue expresamente solicitado.

Por último y con respecto al planteo de recurrir a la figura de la adopción por integración, entiendo que no es lo que las partes (actora y demandada) han expresado como pretensión, de allí que no cabe entonces encausar la acción por esa vía.

En el caso puede advertirse que la niña se encuentra cabalmente integrada en su familia dándose el trato adecuado, y pudo visualizársela en conocimiento de la cuestión planteada. Por otro lado la demandada ha sido clara en su exposición en su deseo y reconocimiento del emplazamiento que se solicita, pudiendo incluso denotarse que tiene una vida de relación integrada con sus propias hijas.

En razón de lo expuesto es que los agravios no serán admitidos, y por ello propongo confirmar la elocuente decisión adoptada por la colega de la primera instancia de acuerdo a los presupuestos de hecho del presente caso, con costas por su orden de conformidad con la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 2 da parte del ritual).

El Dr. Rodríguez dijo:

Anticipo mi adhesión a la solución que se propone en el voto que antecede. No obstante, respetuosamente me permito agregar el esquema que a mi modo de ver corresponde desplegar para interpretar el marco normativo aplicable, ciertos ejes o pautas en derredor de los cuales entiendo debe girar la labor hermenéutica en un caso como este, de múltiples aristas, además de algunos derechos o extremos en los que me propongo poner énfasis, patentizar o remarcar. En ese derrotero, a fin de dejar reflejada mi

visión, inevitablemente habré de incursionar en algunas superposiciones con la argumentación de que aquel se alimenta, lo que entiendo necesario para no afectar la cohesión que pretendo dar a los distintos segmentos en que se estructura mi desarrollo argumental, que habré de diseminar en diversos títulos y subtítulos.

I. Acuerdo de gestación por sustitución. Consentimi ento La «gestación por sustitución», «maternidad subrogada», «vientre de alquiler», «maternidad intervenida», «maternidad disociada», «gestación por contrato», «madre sustituta» o «madre de alquiler» es el compromiso entre una mujer, llamada «mujer gestante», a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los «subrogantes», a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno

con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes (Scotti, Luciana B.»El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas» <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>).

Tal como lo explica la autora recién nombrada en el trabajo citado, en general presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (traditional surrogacy), y la gestacional o parcial (gestational surrogacy). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

El caso sometido a revisión tiene su génesis en esta última alternativa, a partir del acuerdo entre los padres comitentes y la mujer gestante, luego instrumentado en el consentimiento previo libre e informado protocolizado, entre los actores, que manifestaron su voluntad procreacional, y la demandada, por el cual la SSA se comprometió a ser mujer gestante en virtud del material genético aportado por el accionante SC para la realización del tratamiento, lo que acreditan mediante estudio de ADN realizado en la Fundación Favaloro (ver fs. 14/18). Allí se advierte a la Sra. Amarillo sobre los principales riesgos físicos y psicológicos de este procedimiento (fs. 19/36). Cabe aclarar, que en el esquema de la filiación por TRHA esta práctica era la única posibilidad con la que contaba la pareja comitente para cumplir con su deseo de aumentar el número de hijos, habida cuenta de la imposibilidad de concebir y gestar de la actora. Fecundación «in Vitro» con útero portador por FIV/ICSI con donación de óvulos, fue el tratamiento considerado más adecuado.

Producto del empleo de dicha técnica, que como dije involucró el material genético del nombrado actor y una ovodonación anónima, la niña ha

nacido en esta ciudad de Buenos Aires el 7 de diciembre de 2016, y figura inscripta como hija de SC y SSA.

Se encuentra agregado el estudio de identificación de vínculo biológico realizado con las técnicas de ADN, del cual surge respecto de la niña «A» la exclusión del vínculo biológico con SSA.

II. La sentencia y los agravios De acuerdo a como finalmente quedó trabada la litis, dos cuestiones debió decidir la colega de grado, la acción de impugnación de la maternidad contra la Sra. SSA, por un lado, y la acción de filiación a los fines de emplazar a la aquí demandante S como madre de la niña A, por el otro.

La sentencia apelada, hizo lugar a las acciones de impugnación de maternidad y de filiación deducidas y, consecuentemente, se desplazó a SSA del estado de madre de AC -nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida que como señalé comprendió la aludida gestación por sustitución-, y se emplazó en el carácter de madre de la menor a MDS. Coherente con ello, ordenó librar oficio al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas con transcripción de la parte resolutive, a fin de que se proceda a la rectificación de la partida pertinente. Impuso a los progenitores procreacionales, la obligación de hacerle saber a su hija la manera en que fue concebida y gestada Sin que sea mi aspiración agotar con lo que sigue los claros fundamentos en los que se basa el pronunciamiento recurrido, en él se tuvo en cuenta para decidir de la manera expuesta, el informe psicodiagnóstico practicado, donde la profesional interviniente concluyó que la Sra.A «tiene motivaciones claras y acordes a la tarea para la cual se propone», que «sostiene valores morales, éticos y religiosos» y que «no evita situaciones conflictivas, sino que las enfrenta y resuelve». Finalmente, se dictamina que SSA cuenta con los recursos adaptativos para enfrentar y transitar la experiencia de la gestación sin que se detecte trastorno psicológico en curso (fs. 8). También que de su presentación en los actuados y de su comparendo ante la Defensora Pública Tutora surge que la Sra. SSA manifiesta no tener voluntad procreacional respecto de la niña A.

Abundó en otra parte, que ese elemento volitivo no está ni nunca estuvo presente en SSA. Destacó que así lo ha manifestado al suscribir el consentimiento informado, en su presentación en estos actuados y al ser

citada ante la Defensora Pública Tutora. Tampoco ha asumido los cuidados de la niña A ni ha disputado la filiación pretendida por la Sra. S. Precisó al respecto que cualquiera sea la noción de voluntad procesional a la que adhiramos, SSA ha manifestado expresamente carecer de ella, tanto por sus actos procesales, como en su manifestación ante los profesionales del Centro Halitus, como en sus acciones respecto de la niña. Consideró que no le incumbía expedirse sobre la legalidad de la técnica o su regulación, y por ello se limitó a determinar la filiación de la niña en base a la normativa imperante. No obstante señalar que en la normativa específica que regula la materia -la ley 26.862- se recepta la técnica a la que ha sido sometida la Sra.SSA en su faz médica y jurídica, aún cuando no establezca una previsión específica respecto de la filiación de la niña nacida gracias a la referida intervención médica.

Es por ello que concluyó que el emplazamiento materno -que es lo que se discute en los actuados- se decide por los principios establecidos en el Código Civil y Comercial, sin que sea necesario tachar de inconstitucionalidad norma alguna para desplazar a la encartada de su vínculo materno-filial con AC.

En ese contexto, para decidir el emplazamiento filial, tuvo particularmente en cuenta que la accionante había expresado oportunamente su voluntad procreacional mediante consentimiento libre e informado, asumiendo y ejerciendo a su vez la respectiva responsabilidad parental desde su nacimiento. Por ello, entendió que, como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover el interés superior del niño, no cabe otra solución que no sea emplazar a MS S como madre de AC. Ello, debiendo asumir los progenitores la obligación de hacer saber a su hija las circunstancias de su nacimiento. El Sr Fiscal de Cámara se agravia porque considera que ha mediado un apartamiento, por parte de la sentencia, de las normas en materia filiatoria que rigen el caso de autos, ya que reputa que en ella se prescinde lisa y llanamente de aplicar las normas en cuestión, sin que las partes hubieren planteado su inconstitucionalidad, y sin que el decisorio hubiere formulado una declaración con tal contenido.

Aduce, en la órbita del derecho proyectado, 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. Agrega, que 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, sino que debe reputarse que se trata de una práctica no admitida por el ordenamiento.

Añade, en esa línea, pero ya ubicado en el ámbito del derecho positivo actual, 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 CCyC: determinar la filiación materna por el parto, que obedece a una misma regla tanto en el ámbito de la filiación por naturaleza como en el de la que es fruto de las TRHA.

En abono de esa postura argumenta que el Código, en otras normas, 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.

Se remite al dictamen del Ministerio Público ante la primera instancia y postula que el Código Civil y Comercial previó expresamente la regla aplicable para todos los casos en que se utilicen técnicas de reproducción humana asistida, y esa regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz al niño, con prescindencia de si la mujer gestante tiene o no vínculo genético con el menor, y de si ha existido o no voluntad procreacional por parte de la misma.

Apunta que el legislador, en tal sentido, y sin entrar aquí a juzgar el acierto de la decisión plasmada en la norma, estableció como regla de orden público que la maternidad se determina por el parto -«la mujer que dio a luz»-, y lo hizo con pleno conocimiento -como surge del debate parlamentario al que ya se ha mencionado- de la existencia, dentro de los TRHA, de la práctica de la gestación por sustitución.

Por lo tanto, concluye que es indudable que, a través del art. 562 del CCyC, el Honorable Congreso de la Nación dio una respuesta en cuanto al modo de determinar la maternidad en cualquier tipo de práctica que involucre las TRHA.

Sobre la base de dicha regla legal, y a la sentada por el art.558 del CCyC, en cuanto a que sólo pueden existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir las pretensiones objeto de este proceso es prescindir de aplicar la referida norma de orden público.

Remata que la decisión adoptada, en consecuencia, al dejar de aplicar la solución prevista por el legislador para el caso, y admitir la posibilidad de impugnar la maternidad de la mujer gestante sobre la base de la acreditación de la «inexistencia de voluntad procreacional», sin que medie planteo ni declaración de inconstitucionalidad de las normas involucradas, resulta arbitraria.

Desliza otros argumentos que giran en torno de la misma idea, vinculada a los límites que el ordenamiento jurídico le coloca a la voluntad procreacional, da nociones precisas del orden público y alega que del razonamiento volcado en la sentencia surge que no se hace cargo de que el artículo 562 del CCyC estableció que, en lo que hace a la filiación por maternidad en TRHA, el vínculo se determina por el parto, con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con el niño, y de la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante.

Remata que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que la maternidad se determina por el vientre, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito en donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo» (v. Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, Horacio H. Alterini (Dir.Gral.), 2da. Edición, Tomo 3, Ursula C. Basset (Dir.), Ed. La Ley).

Explica que al optar por ese criterio, el legislador efectuó una razonable ponderación del vínculo que se genera entre el niño y la madre gestante. El cual, lejos de asentarse en una ficción, es una regla que responde a un

dato objetivo, que el legislador consideró de relevancia suficiente para determinar la filiación del menor.

Objeta que en la sentencia anida la idea, que el interés superior de la niña reside en contar con una identidad o filiación que la vincule con quien manifestó, a través de los consentimientos informados que precedieron a la TRHA, su voluntad y deseo de ser madre, y asumió luego del nacimiento las responsabilidades parentales correspondientes. Esto porque considera que tal afirmación no refleja más que una opinión personal, sin sustento en el ordenamiento jurídico.

Refuta que la definición de lo que, en el caso, mejor atiende al interés superior del niño, debe efectuarse a partir de los valores y principios que surgen de las normas jurídicas. Mirado de esa forma y desde la perspectiva que el legislador no admitió por el momento la práctica de la gestación por sustitución, aquél se preserva manteniendo la regla de que es hijo de la madre que lo gestó, y brindándole -para casos como el de autos-, la posibilidad de tener un vínculo filiatorio -a través de la adopción por integración- con quien, como sucede con la actora, reclama ser emplazada como madre.

Se queja porque entiende que la sentencia omitió ponderar que la solución legal resuelve adecuadamente los intereses en juego, pues a la par de dotar a la menor de un emplazamiento inmediato, que asegura la integridad de todos los elementos de su identidad (conf. art. 7, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 11, ley 26.061), preserva el derecho de los actores involucrados en el caso.

Abunda que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión, extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (conf. art.700, inciso «b)» del CCyC) y concediendo la adopción plena a quien, como sucede con la actora, manifestó expresamente su voluntad procreacional y asumió desde el nacimiento de la menor el rol de madre.

Arguye, que al existir una regulación legal expresa, la magistrada de la anterior instancia únicamente podía apartarse de aquélla declarando la inconstitucionalidad -en su caso- de las disposiciones del Código Civil y Comercial, extremo que no aconteció, amén de que tampoco los actores articularon un planteo en tal sentido, ni tampoco se acudió a la

excepcional doctrina asentada por la Corte Suprema registrada en Fallos: 327:3117 .

III. Solución. Fundamentos.

a) Interés superior del niño.

En supuestos como el presente, como pauta primordial de valoración debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor (art. 3 «Convención Internacional sobre Derechos del Niño» de jerarquía constitucional conforme art. 75 inc. 22 CN). Verdadero pilar, sobre el cual deben hacerse pivotar en este caso en concreto, con el alcance que más abajo se explica, las decisiones punto por punto que se adopten en relación con los distintos agravios vertidos por el Sr. Fiscal ante esta Alzada.

Este principio apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión de un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (Grosman, Cecilia, «Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia» LA LEY, 26/05/1993).

Entre nosotros, posee raigambre constitucional (art. 75, inc. 22) y, a su vez, como es sabido y ya se lo señalara, se encuentra reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y reproducido por Ley 23.849 en nuestro país, siendo que en su art.3 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, la Ley 26.061 establece, en su art. 3, qué ha de entenderse por el «Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente», mediante una definición de su esencia y alcances: » la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley», debiéndose respetar: a. Su condición de sujeto de derecho; b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d. Su edad, grado de madurez,

capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f. Su centro de vida. Se entiende por «centro de vida» el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

En ese escenario, dada su claridad y trascendencia, cabe traer a colación por su incidencia, una serie de precisiones desarrolladas por el Comité de los Derechos del Niño, desde donde se ha subrayado que su interés superior es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y

determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts.9, 18 y 20). También subraya que los elementos antes mencionados son derechos concretos y no solo elementos para determinar el interés superior del niño. Considera que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término «familia» debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local, conforme art. 5 (Comité de los Derechos del Niño. «Observación general N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial». «29 de mayo de 2013»).

En la sección dedicada a los objetivos, apartado 12, se señala: «El objetivo principal de la presente Observación General es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial (véase el párrafo 38 infra). El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. En concreto, ello repercute en los siguientes aspectos: a) La elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos; b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto».

En el punto III «Naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes», recomienda:»Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho. El artículo 3, párrafo 1, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados Partes, a saber, en lo que aquí interesa, en el apartado «a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los

procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños». En el «b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión». b) Perspectiva de género.

En relación al caso que toca examinar, en una primera aproximación, puede sostenerse que la perspectiva de género se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar situaciones de discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretendan justificar con base en las diferencias biológicas entre aquellas y hombres, así como las acciones que deben arbitrarse para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.

La perspectiva de género opta por una concepción epistemológica que se aproxima a la realidad desde las miradas de los géneros y sus relaciones de poder. Sostiene que la cuestión de los géneros no es un tema a agregar como si se tratara de un capítulo más en la historia de la cultura, sino que las relaciones de desigualdad entre los géneros tienen sus efectos de producción y reproducción de la discriminación, adquiriendo expresiones concretas en todos los ámbitos de la cultura: el trabajo, la familia, la política, las organizaciones, el arte, las empresas, la salud, la ciencia, la sexualidad, la historia. (Susana Gamba: ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?, publicación online Mujeres en red).

El justipreciar los hechos y la prueba con perspectiva de género, la labor de contextualizar las circunstancias del caso e identificar aquellos rasgos identitarios propios de una relación de poder en el que la mujer queda ubicada en un contexto signado por la desigualdad, reclaman del judicante -más allá de la materia a resolver- que su análisis tenga como punto de partida una obligada perspectiva de los derechos humanos (Vieites, María Soledad: «La privación de la responsabilidad parental en contextos de género», Cita Online: AR/DOC/2231/20209 Incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial importará, por ende, reconocer aquellas situaciones de discriminación -principio que resulta la contracara del de igualdad – de modo de garantizar el acceso a la justicia a quienes lo padecen y así remediar situaciones asimétricas concretas

(Alcolumbre, María Gabriela: «Perspectiva de género y justicia. «Del origen y el placer» de Guillermina Grinbaum a los flagelos modernos: en los hechos, unos son más iguales que otros», Publicado en: LA LEY 20/08/2020, 5).

En un contexto aún más amplio, se puede afirmar que el Poder judicial no es ajeno a la obligación de promover la igualdad real de trato y de oportunidades, y sobre esa base, extender la acción promotora a toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad o que sea sujeto de tutela, al goce pleno y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en un todo de acuerdo con lo que le ordena, aunque a otro poder del estado, el inc. 23, del art. 75 de la Constitución Nacional, que debe interpretarse en conjunto con el inciso anterior y con la parte dogmática de su texto.

El citado dispositivo de la cúspide de la pirámide jurídica, alude a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas. Y es incontrovertible, como se lo ha señalado, que donde quiera que haya o pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí hay que reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos (conf. Bidart Campos, Germán J.: «Manual, de la Constitución Reformada», t. III, p. 125/69.

Un caso de extrema delicadeza humana como el que es objeto de análisis, dadas las consecuencias que apareja, las personas que lo protagonizan y las múltiples aristas que contiene, exige un análisis con perspectiva de género, a fin de corregir las eventuales desigualdades o desajustes que se puedan derivar de interpretaciones de los textos legales que prescindan de aquella mirada, lo que incluye como mecanismo apto para neutralizarlas, entre otros, las directrices y el marco valorativo que aporta el bloque de constitucionalidad (art. 75, in 22 de la Constitución Nacional), que desde luego comprende a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por Ley N° 23.179 del año 1985 y arts.1 y 2 del Título Preliminar, del Código Civil y Comercial de la Nación).

Apelar al auxilio de esta categoría analítica, incrustada en el criterio hermenéutico, permite derribar prejuicios y estereotipos, para de esa manera despejar el camino hasta generar un terreno propicio, para emitir una decisión que consagre el derecho a la igualdad precedentemente mencionado, y que acate el mandato de afianzar la justicia que baja desde el Preámbulo mismo de la Constitución Nacional c) Fuentes de filiación, mecanismos de determinación de estados de familia y TRHA.

Explicado ello, antes de ingresar al análisis del texto legal en cuestión, para un más adecuado tratamiento de los agravios, entiendo necesario referirme primero a una triple distinción que deviene imprescindible realizar: las fuentes de la filiación, la determinación o atribución de estados de familia y las técnicas o prácticas de reproducción humana asistida en sí mismas consideradas. Se trata de figuras que se interrelacionan, pero que tienen distintos efectos y se regulan por diferentes normas.

En lo que hace a las primeras, el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, ha incorporado una tercera fuente de la filiación, al contemplar en el art. 558 la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a la par de la filiación por naturaleza y de la filiación por adopción, ya conocidas en nuestro medio. De acuerdo con dicho precepto, las tres fuentes mencionadas se encuentran en igualdad de condiciones y efectos, con el límite de dos vínculos filiales.

En la filiación derivada por técnicas de reproducción humana asistida, el nuevo ordenamiento le otorga un papel central a la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante el consentimiento previo, informado y libre (arts. 560, 561, 562, 569, 570, 575 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación). La voluntad procreacional o identidad volitiva es el elemento central que permite la determinación filial a favor de quienes lo hayan expresado, con total independencia del material genético. Así entendida, ella se conjuga con el interés superior del niño recogido en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y reafirmado en el art. 3º de la ley 26.061, al encontrar una solución clara y precisa para que los niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida tengan un vínculo filial estable, fundado en dicha identidad volitiva (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis: «Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado», t. III, p. 503).

Siguiendo a Gil Domínguez, cabe reconocerla como un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, definiéndola desde una perspectiva psico- constitucional-convencional, como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [Gil Domínguez, Andrés, «El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Cód. Civ. y Com. de la Nación», DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 143].

La voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado (S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar, Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, 04/07/2016, La Ley Online cita online: AR/JUR/42506/2016).

En lo que respecta a la figura de la determinación o atribución de la paternidad o maternidad, se trata de herramientas diagramadas por el ordenamiento jurídico, que en función de ciertos presupuestos, asignan estados de familia, pero con la característica que bien se remarca en el pronunciamiento recurrido: pueden ser impugnados tanto en su faz paterna como en su faz materna (ver arts.565, 566, 569, 570 y concordantes del CCyC). Es decir, dependiendo de cuál de aquellas se trate, van generalmente acompañadas de una presunción, pero ella es iuris tantum, puede ser destruida por prueba en contrario en el correspondiente proceso.

En lo que hace a la maternidad, que es lo que interesa en el caso, vale recordar que el art. 242 del ordenamiento anterior, luego de la ley 23.264 contemplaba un mecanismo objetivo de determinación, mediante la acreditación del hecho del parto y la identidad del recién nacido. Aun -la norma lo aclaraba de manera expresa-, cuando no mediara reconocimiento expreso.

La opción legal privilegia la inmediata determinación de la maternidad, sin dejarla supeditada a declaración alguna, y propendía a garantizar la coincidencia entre el vínculo legal y la verdad biológica (ver Rubinzal-

Culzoni – Editores: «Código Civil de la República Argentina, explicado», t. I, p. 696). Se aplicaba tanto a la maternidad matrimonial como la extramatrimonial. Tratándose de la matrimonial, si quien hacía la denuncia del nacimiento era el marido, no se requería notificarle a la esposa la inscripción (conf. Cifuentes- Sagarna: «Código Civil Comentado y Anotado», t. I, p. 287). El citado dispositivo, imponía el deber de notificarle a quien resulte inscripta como madre, cuando ella no haya reconocido al hijo o la inscripción no hay sido realizada a instancias de su esposo. Tal notificación cumplía una función informativa acerca de la maternidad que se le atribuía y le daba la oportunidad de cuestionarla, en caso de no ser acorde a la realidad biológica (ver art. 242, texto según ley 24.540, y modificación implementada por ley 24.884).

Antes, en el régimen originario del Código velezano, el emplazamiento materno dependía del reconocimiento que se hiciera del hijo. Esa regulación despertó airadas críticas de la doctrina especializada, por los graves inconvenientes que generaba, ya que dejaba abierta la posibilidad, concretada muchas veces en los hechos, de que ciertos niñas y niños quedaran privados de emplazamiento filial alguno. De modo que como lo resalta la Magistrada, «la ley ha venido a dar remedio a situaciones frecuentes donde la progenitora no efectuaba el reconocimiento del hijo y éste quedaba sin filiación establecida».

En lo referido a la determinación de la maternidad, lo destaca la sentencia recurrida, el art. 565 actualmente vigente sigue la dirección del Código anterior. De esta manera, continúa el mismo principio general: que para el establecimiento de la maternidad biológica se requieren dos elementos: la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; «lo que significa asegurarse que el niño, cuya inscripción de nacimiento se realiza, sea efectivamente hijo de la mujer que ha dado a luz, y que se denuncia como madre» (Grosman, Cecilia en «Código Civil. Análisis doctrinal y jurisprudencial» Bueres – Highton, Tomo 1 B, pág. 323, Ed. Hammurabi, Bs. As.). Es decir que a partir de aquélla reforma, por las señaladas razones históricas que con claridad la colega de grado puso en evidencia, la determinación de la maternidad se fundamenta en los adagios romanos «partus sequitur ventrem» (el parto sigue al vientre) y «mater semper certa est» (la madre siempre es cierta), que importan suponer que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) presume la maternidad.

En lo que respecta a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos – extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma- conducen a facilitar o sustituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Se trata de técnicas que permiten la procreación de un ser humano sin necesidad de la previa unión sexual entre un hombre y una mujer (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm «La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación», LA LEY, 08/08/2011, p. 1; Delia Iñigo, Ilea Levy, Adriana Wagmaister, «Reproducción humana asistida», Enciclopedia de derecho de familia, TIII, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994 p. 551, entre otros).

El tema recibe un tratamiento sistematizado, en la ley especial 26.862, cuyo art. 2º dispone: «se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas 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».

En el marco de las TRHA, el elemento central para determinar la filiación es la denominada «voluntad procreacional» que se plasma en un consentimiento, con las formalidades y características que estipulan los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. y que, además, al ser las TRHA prácticas médicas, deben cumplir los términos establecidos por el art. 59 del mentado código y lo requerido por la ley 26.529 (ver GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal – VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen., «Voluntad Procreacional», Oñati Sociolegal Series [online], 7 [1], 2017, 75-96. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2922064>).

De ahí que se sostenga que la utilización de estas técnicas de reproducción humana asistida también involucra derechos humanos, además del derecho a la identidad que está detrás de todo el derecho filial, cualquiera sea su causa fuente, también compromete de manera directa el derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación tal como lo dispone el art. 14.1.b del Protocolo de San Salvador y lo reconoce la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, del 28/11/2012 (Juzgado Civil N° 2 de Moreno, fallo cit. del 04/07/2016). d) Art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación.

El Sr. Fiscal de Cámara se agravia porque considera que admitir, como lo hace el decisorio en crisis, la posibilidad de impugnar la maternidad de la mujer gestante sobre la base de la acreditación de la «inexistencia de voluntad procreacional», sin que medie planteo ni declaración de inconstitucionalidad de las normas involucradas, con particular referencia al citado art. 562 del Nuevo ordenamiento, que es el que rige el caso, resulta arbitraria. Para el resto de la argumentación que alimenta las quejas relativas al tema, me remito al resumen efectuado en el punto II, en honor a la brevedad.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley se rige por un principio hermenéutico de carácter restrictivo, criterio reiteradamente puesto de resalto por nuestro más Alto Tribunal (conf. CNCiv., Sala A, R. 178.739 del 20-11-95 y citas). Constituye un acto de «suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la «última ratio» del

orden jurídico, y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez» (conf.C.S.J.N., Fallos, 302:457; 311:394; 312:435, 314:407; 315:923; 322:842 ; 1681; entre muchos otros).

Los jueces sólo pueden apelar a ese recurso, cuando la incompatibilidad con la Constitución sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa, y la norma no resulte susceptible de interpretación alguna que guarde armonía con la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Lo dicho implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía

con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando como se lo explicara al principio y aún a riesgo de ser reiterativo, afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del orden jurídico, por lo que solo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis: «Código Civil y Comercial de la nación, Comentado», t. I, p.s. 27/8, con cita de los Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345 ; 4404 ; 325:645 , entre otros).

Resumidas ut-supra las figuras que integran el menú que es dable ofrecer para la solución del recurso sometido a revisión, para deparar idóneo tratamiento al agravio, resulta conveniente realizar ab initio, un breve repaso del recorrido inmediato anterior que tuvo el dispositivo que menciona el dictamen hasta adquirir su actual fisonomía, tal como luce en el ordenamiento vigente.

De acuerdo con ello, el primer hito está constituido por el art. 562 del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que como es sabido, reglaba este tema en los siguientes términos: «Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN hijo propio. 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».

El otro jalón importante en ese derrotero, está representado por la decisión de suprimir dicha norma por parte de la Comisión Bicameral. Se fundó para ello en que, «La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre «Relaciones de Familia» que más voces encontradas ha generado [...] que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad /paternidad [...] una tercera persona con quien no se tendrá vínculo

filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma» [reproducción textual. ap. 62 – Gestación por sustitución (artículo 562); <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf> 5D).

Como un aporte para esclarecer la significación atribuible a esa argumentación, o para desentrañar la intención perseguida con la eliminación de la figura, cabe un repaso del Derecho Comparado, donde con diferencias de matices y alcances, se reconocen tres posiciones frente a la Gestación por Sustitución. Como lo señala la doctrina, algunos estados regulan, otros prohíben y existe un gran conjunto de países que nada dicen; es decir toman una posición de abstención o simplemente silencian la cuestión en sus ordenamientos jurídicos. Esto, no obstante señalar que la regulación es la tendencia que crece en el Derecho Comparado reciente («Esta disyuntiva fue planteada hace tiempo durante el debate del entonces Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, en Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución», Revista Microjuris, 19/09/2012. Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971; Aída Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera-Nora Lloveras: «Tratado de derecho de familia», t. II, p.531, donde se mencionan los países que tienen leyes, los que están cuestionado su regulación y los que tenían una legislación restrictiva y la e stán flexibilizando; ver además

CNCiv, Sala H: «S. T., V. s/ inscripción de nacimiento », 15/03/2018, Cita Online: AR/JUR/5414/2018, voto en disidencia de la Dra. Abreut de Begher: en la que se enumeran los países que se encuentran en una u otra postura y algunas particularidades de su regulación, con cita de Eleonora Lamm, «Gestación por sustitución», InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio 2012, <http://www.indret.com/pdf/909-es.pdf>).

A mi modo de ver, a diferencia de lo que se interpreta en los agravios, los fundamentos transcritos precedentemente en lo pertinente, me inclinan más a pensar que la idea que primó fue la de borrar la figura del derecho proyectado y asumir una postura de abstención en el derecho positivo, porque de otra manera no se explica el porqué de la necesidad de un debate más profundo de carácter interdisciplinario. Se desprende con claridad, que el legislador entendió que sólo después de librado este último, se generaría la situación propicia para dirimir los dilemas éticos y jurídicos que apareja el instituto. Resulta inverosímil considerar que el legislador escogiera una de las posibilidades, la prohibición en lugar de la regulación, antes del debate que precisamente reputa necesario transitar para resolver los dilemas de ambas naturalezas que menciona. Las alusiones que luego se realizan a la incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho extranjero y el alcance precautorio que se asigna a la propuesta de eliminación en cuestión, corroboran la interpretación propiciada.

Arribado a este punto, el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe: «Volunad procreacional.Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado

Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos».

Si bien es verdad, como se señala en las quejas, que la norma estableció como regla que los nacidos por TRHA son hijos de «quien dio a luz», no lo es menos que el dispositivo no prohíbe de manera expresa ni consagra la nulidad de ninguna índole de los convenios de maternidad subrogada. Amén de que no cierra las puertas a la impugnación de la maternidad, a

la vez que erige a la voluntad procreacional en la clave de esa fuente de filiación.

No se aborda el tratamiento de ningún acuerdo de esa naturaleza, ni siquiera de los celebrados a título oneroso, que son los más conflictivos, y que se encuentran prohibidos en un mayor número de estados, aunque incluso en esos casos, en la práctica la situación está modificada (véase el caso «L. (A minor)» (2010) EWHC 3146, citado en Aída Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera-Nora Lloveras: 2Tratado de derecho de familia», t. II, p.s. 531/2). Más allá de otro análisis que respecto de estos últimos se puede desarrollar desde el plano convencional- constitucional y por las conculcaciones de los límites superiores del ordenamiento jurídico que un importante sector cree ver en ellos. Habida cuenta la resistencia de algunos autores a que un instituto como el sujeto a examen quede expuesto a la especulación pecuniaria, por el temor a que pueda servir como herramienta para la explotación de sectores vulnerables de la población a manos de la clase pudiente. Con los elementos reunidos en este expediente, tal riesgo que parte de la doctrina advierte debe quedar descartado, puesto que no existe vestigio probatorio alguno en la causa del que pueda inferirse una finalidad especulativa como lo explicada, que ni siquiera ha sido invocada. Tampoco, una vulneración de la autonomía o libertad para decidir. Por tanto, es forzoso considerar que en el acuerdo anterior de gestación solidaria como también se lo llama, volcado con posterioridad en el consentimiento informado citado, subyace un amor profundo sin estar acompañado de ánimo de lucro, que se manifiesta en diversas direcciones, desde SSA como mujer gestante hacia el matrimonio constituido por S y MD, que concurren con la esperanza de aumentar su familia, y desde éstos hacia la hija que desean, sentimiento que se integra a un proyecto de vida en común que incluye la conformación de una familia numerosa.

Con esta aclaración, los razonamientos esbozados precedentemente me convencen de que prevaleció en el texto finalmente plasmado la mencionada conducta abstencionista y que respecto de la figura en cuestión, media un vacío legal. Para arribar a este resultado también tomo el argumento que se esgrime en el dictamen, porque si como se apunta, el legislador conocía la ardua discusión que se blandía para ese entonces dentro de las TRHA, respecto de la práctica de la gestación por sustitución, es forzoso concluir que si realmente la finalidad que inspirara el precepto

fuera la prohibición, lo hubiera establecido de manera expresa, con contundencia y claridad, extremo no verificado.

Difiero por ello con lo que se interpreta en las quejas, en punto a que con el citado art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, conjugado con el límite impuesto por el art. 558, última parte, el Honorable Congreso de la Nación dio una respuesta en cuanto al modo de determinar la maternidad en cualquier tipo de práctica que involucre los TRHA. Esto, porque en su ámbito de vigencia espacial no está comprendido el procedimiento médico que se cuestiona. Esta interpretación del precepto, permite compatibilizar el título «voluntad procreacional», con el contenido de la norma. Es decir, para la maternidad que determina, esta se para en la hipótesis en que la mujer que «dio a luz», es «también» -para utilizar la terminología que emplea el dispositivo-

quien ostenta «voluntad procreacional», manifestada a través del consentimiento previo, informado y libre aludido, con independencia de quien aporta el material genético. Lo cual es lógico, porque desde el momento en que se decidió por ignorar la maternidad subrogada, aunque lo fuera en forma precautoria hasta celebrado el mencionado debate, el legislador no tenía por qué contemplara a la hora definir el texto que le imprimiera a la norma.

En línea con lo señalado, en una muy fundada decisión se ha resuelto en relación al tema, que al no regularse en el Código Civil y Comercial de la Nación, de ningún modo la regla sentada en el artículo 562 pudo referirse a este tipo de técnica médicamente asistida. En otras palabras, el artículo 562 de dicho ordenamiento no se aplica a la hipótesis de gestación por sustitución toda vez que la norma allí contenida no ha tenido en miras regular esta especie de TRHA, sino exclusivamente aquellas técnicas en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético. Precisamente porque en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, in re : «H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas», del 05/12/2017, Cita Online: AR/JUR/105404/2017).

Lo que sucede es que al no regularse la gestación por sustitución, el código no se apartó de la regla que la madre sigue al vientre, pues no

tuvo en miras la disociación entre gestante y maternidad socioafectiva. Lo que sí hubiese sucedido ciertamente, si la regulaba. Una interpretación contraria colocaría en seria contradicción a todo el sistema jurídico en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015. Por otra parte, resultaría contradictorio aplicar la regla del artículo 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico del mismo Libro Segundo, Título V, reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar derechamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña que como consecuencia de este tipo de técnicas nazca, al obligarlo/a mantener una filiación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado previo y fehacientemente, privándolo del verdadero vínculo filiatorio y de su derecho a la identidad subjetiva. Asimismo, constituiría una grave vulneración a los derechos de la mujer no gestante que hubiera otorgado su voluntad procreacional, en un claro trato desigualitario y discriminatorio desconociéndole los derechos que la propia ley del mismo cuerpo normativo le otorga. Como también implicaría una seria afectación al derecho a la libertad y privacidad de la mujer gestante, obligándola a ser madre cuando precisamente su voluntad es de no serlo. «Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva» [Lamm, Eleonora, «La autonomía de la voluntad», op. cit., p. 111, citado por Tribunal Colegiado de Familia Nro.7 de Rosario, caso citado»).

Aceptado que el Código no se ha expedido sobre el tema, y que la gestación por sustitución no cuenta con previsión legal expresa, se la ha considerado implícitamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Nacional N° 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013). Ella determina la extensión de los beneficiarios en el artículo 7, el que reza: «Tiene 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». Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1 y 2 Ley 26.529). De ello un sector de la doctrina y de la jurisprudencia deduce, que abarca «e l supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente -de distinto o igual sexo -que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo» [Krasnow, Adriana Noemí, Tratado de Derecho de Familia, 1ª ed., CABA, LA LEY, 2015, T. III, p. 76 citado en el anterior decisorio mencionado).

Sin perjuicio de ésto último, es claro que si el dispositivo es interpretado de la manera que se propicia, rige en plenitud para el caso el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, en la parte donde consigna que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Su finalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependen solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor previsibilidad (ver Bidart Campos, Germán J.: «Manual de la Constitución reformada», t. ,514).

En esta línea, Gil Domínguez explica con relación a la gestación por sustitución: «Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional-convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que «ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe» (art. 19 CN) [Gil Domínguez, «La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico», Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 30 – 11/07/2017].

En virtud de ello, considero que los arts. 558, 560, 561, 562, 569, 570 y 575 del Código Civil y Comercial de la Nación y concordantes, interpretados de buena fe, con sujeción a criterios de razonabilidad y justicia, bajo el paraguas del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el contenido valorativo que aportan los tratados de derechos humanos y en forma armónica con todo el ordenamiento jurídico (arts. 1 y 2 del Título

Preliminar del citado ordenamiento), avalan la solución propiciada. Ello, porque la única manera de respetar la clara finalidad del codificador al erigir en este tercer tipo filial a la voluntad procreacional como la piedra de toque de la determinación de la filiación (art. 575 citado), es circunscribir el modo de atribución de la maternidad que el precepto prescribe al supuesto señalado, cuando la madre que da a luz es también quien expresó de la manera legalmente indicada aquélla voluntad. Sólo en dicha hipótesis, el citado adagio romano que indica «partus sequitur ventrem» (el parto sigue al vientre), que importa suponer que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) presume la maternidad, halla justificación en las razones históricas ya explicadas, y da sentido a todos los dispositivos involucrados. Además de guardar coherencia con la citada Ley Nacional N° 26.862, especial sobre la materia, en cuanto garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida (sancionada el 5 de junio de 2013) y con los arts. 1º y 2º de la ley N° 26.529 de los Derechos del paciente, en cuanto les confiere a ellos ese importante margen de libertad, al abrirle la puerta la delicada temática que disciplina, al principio de la autonomía de la voluntad, pilar en materia de contratos (arts. 958 y 959 el Código Civil y Comercial de la Nación).

Es que, como se lo ha señalado, las TRHA provocan la disociación del elemento genético, el biológico y el volitivo, siendo este último el decisivo para determinar la filiación. Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en el puro reduccionismo genetista y/o biológico, para dar paso al establecimiento de una realidad no genética sino socioafectiva, determinada por la aportación del elemento volitivo. De esta manera, las técnicas de reproducción humana asistida llevaron a revisar la preeminencia de la verdad biológica y/o genética y encontraron en el consentimiento previo, libre e informado su fundamental punto de apoyo. Se trata de la «voluntad procreacional», núcleo duro del nacimiento de un tercer tipo de filiación. En otras palabras, el elemento volitivo, en tanto causa eficiente del nacimiento, genera el vínculo filiatorio (ver Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm: «La obligación de ser padre impuesta por un tribunal», p. 3, nota al fallo de la CNCiv, Sala J, del 13/9/2011 caratulado: «P.A. c/ S.A.C.s/ Medidas precautorias; Lorenzetti, Ricardo Luis: «Código Civil y Comercial de la nación, Comentario», t. III, p. 584).

En mi opinión, incluso determinar si en la especie la fuente de filiación por TRHA que erige a la voluntad procreacional como su centro (arts. 558, 569, 570 y 575 del CCyCN), prevalece sobre el mecanismo de determinación de la maternidad previsto en el art. 562 en cuestión, si se acepta la interpretación que se sigue redundante en una falsa disyuntiva. Sólo se trata de compatibilizar la fuente de filiación con el mecanismo de determinación de la maternidad que propone el último dispositivo, a través de una interpretación armónica de las normas que componen el Libro Segundo, Título V sobre Filiación, que también de cabida al criterio aperturista e integral de la legislación especial con que se cuenta en materia de técnicas médico asistenciales de reproducción humana, encarnada por la citada ley 26.862.

Si por las razones antedichas, se descarta la aplicación del mencionado art. 562 a la técnica o práctica médica a la que se acudiera en la especie, considero que bajo el marco constitucional – convencional, que desde luego incluye el art. 19 de la Constitución Nacional, esta última ley y los arts. 558, 566 y 575 del ordenamiento civil y comercial y normas concordantes, dan suficiente sustento jurídico a lo decidido en la sentencia de la anterior instancia en este caso en concreto. Como es obvio, sin que para ello fuera menester la declaración de inconstitucionalidad, porque en el pronunciamiento recurrido no se ha prescindido de aplicar la norma que rige el caso, ya que por lo dicho, el citado art. 562 en lo que hace a la determinación de la maternidad, no aplica en este supuesto, que encuentra en las otras normas positivas identificadas sobrado basamento en la voluntad procreacional. Por tanto, concluyo que los agravios sobre este tema central, deben ser rechazados, tal como se lo propone en el primer voto.

Juzgado ello, vale resaltar que en nuestro país, diversos pronunciamientos se han inclinado a favor de la voluntad procreacional de los comitentes al momento de determinar el vínculo jurídico respecto de los niños nacidos mediante el método de gestación por sustitución (JCivil N° 86, «N. N. o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento, 18/06/2013, JCivil N° 8, «Barrios, Beatriz M»A» y otro c. González, Yanina Alicia s/ impugnación de la filiación», 20/09/2016; JFamilia N° 1 Mendoza, «C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento», 15/12/2015; Familia N° 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, «H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación»; Juzgado de Familia N°

2 de Moreno ya citado, del 04/07/2016, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario: «H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas» , 05/12/2017, Cita Online: AR/JUR/105404/2017 entre otros).

En ellos, en líneas generales, se ha destacado el factor determinante de la voluntad procreacional para la determinación de la filiación de los niños nacidos producto de técnicas de reproducción humana asistida, los principios convencionales y constitucionales de respeto a la diversidad y a la no discriminación, la protección de la familia desde una visión amplia y el interés superior del niño de contar con una filiación acorde a la realidad volitiva (CNCiv, sala Sala H, «S. T., V. s/ inscripción de nacimiento15/03/2018», Cita Online: AR/JUR/5414/2018).

Esto ha merecido el elogio de calificada doctrina, al destacar que la jurisprudencia claramente mayoritaria da una solución que concuerda con el sistema en los casos de gestación por sustitución (arts.1º y 2º), en tanto declara la filiación conforme la voluntad procreacional, tanto si la práctica se celebró en el extranjero como en el país, dando seguridad a los niños que, desde el nacimiento, están unidos jurídicamente por vínculos de filiación con sus comitentes. O sea, los jueces argentinos, salvo excepciones cuantitativamente irrelevantes, respetan el criterio central del TEDH, cual es que la persona nacida debe encontrar rápida y segura solución (Kemelmajer de Carlucci, Aída: «La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019», Publicado en: SJA 04/09/2019 , 39 JA 2019-III Cita Online: AR/DOC/2419/2019).

La misma postura fue la que triunfó al respecto en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, cuando en la comisión 6 sobre Familia: «Identidad y filiación» integrada por Marisa Herrera (UBA), Guillermina Zabalza (UNdel Centro de la Provincia de Bs. As), Paula Fredes (UN de Río Negro), María Teresa Vega (UN de Catamarca), Ana Peracca (UN de Catamarca), Natalia de la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Carolina Duprat (UNS), Adriana Krasnow (UNR), Ana María Chechile (UN de La Plata), Mariel Molina de Juan (Universidad Nacional Champagnat), Silvina Basso (Uces), Victoria Schiro (UN del Centro de la Provincia de Buenos Aires) y Patricio Curti (UP), se concluyó por unanimidad que «aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida».

Frente a esta opinión, que definiendo, francamente mayoritaria, se alza otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia, en la que el Sr. Fiscal de Cámara sustenta sus quejas, que le da al artículo 562 un alcance distinto. Se basa en que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre. Es decir, que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, puesto que ella se determina por el vientre, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, para esta postura, la voluntad procreacional rige en el ámbito en donde no rige el vientre, como una nueva forma de enlazar al niño con sus progenitores de deseo. Coherente con ello, quienes militan en estas filas, entienden que la norma toma posición contra la explotación derivada de los contratos de maternidad subrogada (ver Alterini, Jorge H.: «Código Civil y Comercial, Comentado», t. III, p. 497. Para otros autores que objetan el instituto ver Laferriere, Jorge N. – VIAR, Ludmila, «¿Es inevitable la gestación por sustitución? Reflexiones a partir de una sentencia judicial», Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 10, año VII, Ed. La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2015, ps. 220 y ss.; Sambrizzi, Eduardo A., «La voluntad procreacional como fuente de filiación», Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Ed. Erreius, Buenos Aires, mayo de 2017, p. 307; Marrama, Silvia, «La dignidad de la madre subrogada frente a la omnímoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley 5700-D-2016», DFyP, 7, año IX, Ed. La Ley, Buenos Aires, agosto de 2017, ps. 226 y ss).

En este sentido, difiero con la fiscalía en que esta solución interpretativa guarde coherencia con lo que el ordenamiento sustancial dispone en el art. 17. Lo que esta norma hace, es crear una categoría de objetos de derecho, el cuerpo humano y sus partes, que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. De esa manera conjura la posibilidad de que el cuerpo, y muy especialmente sus partes, puedan ser calificadas como cosas, expuestas a la especulación pecuniaria, y de esa manera patentadas y transferidas. Sólo admite actos de disposición por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

En la especie no se verifica acto de disposición alguna de partes del cuerpo de SSA. En el acuerdo de gestación por sustitución celebrado, se obligó a prestar su útero para posibilitar el desarrollo del embarazo y entregar la niña una vez verificado el alumbramiento. Y además, el acuerdo entre los

actores y la demandada, descrito en el punto I), configura una convención jurídica, porque genera obligaciones para todas las partes que ingresan al campo del derecho. Empero, si bien es un acto jurídico bilateral porque requiere para nacer al mundo jurídico del concurso de voluntades de todos los involucrados, no puede ser calificado como un contrato, porque uno de los elementos tipificantes de la noción que brinda el art. 957 del CCyCN está constituido por el carácter patrimonial de su objeto, característica que está ausente en la especie. Primero porque SSA aceptó su rol de mujer gestante por una finalidad altruista o solidaria, de acuerdo a los elementos de juicio incorporados a la causa. Y, además, porque la finalidad común que inspira el pacto es posibilitar la creación de una vida humana que, como tal, carece de valor económico, porque no está en el comercio y no tiene por lo tanto valor de uso o de cambio. Esto debe distinguirse del acuerdo que se celebra con el centro de salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento. Aquí sí hay un contrato, caracterizado por el intercambio de la prestación médica que comprende la técnica de reproducción y un precio en dinero. Sin perjuicio de la obligación que tiene este último de recabar el consentimiento previo, informado y libre, medicalizado y protocolizado o certificado, impuesto por los arts. 560 y 561 del CCyCN), que en el caso se ha cumplimentado debidamente.

Dicho lo cual, al margen de la tesis a la que adhiero conforme los argumentos esbozados precedentemente, es claro que esa diferencia en la interpretación del art.562 en cuestión, debe dirimirse de acuerdo con el interés superior del niño colocado en el centro de la escena, con arreglo a las directivas mencionadas en el punto II, apartado a).

Ello así, cuando como ocurre en el caso, una disposición jurídica admite más de una interpretación, debe prevalecer la que satisfaga de manera más efectiva aquél interés. Y en este sentido, ninguna duda abrigo que la solución que mejor lo resguarda en el caso en concreto, si la cuestión se analiza desde lo procesal, es la confirmación de lo decidido en la anterior instancia que da una solución definitiva al asunto. Esto, porque lo que propone el Representante del Ministerio Público Fiscal, que en el mejor de los casos culminaría con una adopción plena por integración, no está comprendido en el objeto de las pretensiones esgrimidas. De modo que obliga transitar un largo proceso, que va en dirección contraria a los principios de celeridad y economía procesal, así como al de concentración de los actos (art. 34, inc. 5º del Código Procesal), además de la

inseguridad jurídica en la que quedarían sumidas «A» y su mamá durante todo ese período, con aptitud para

tornar irrazonable el plazo para el reconocimiento de sus derechos, que nadie discute, por parte del órgano jurisdiccional (art. 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica). Es indudable que en ese recorrido que se propone sufre afectación el derecho fundamental, de carácter convencional – constitucional, a la tutela judicial efectiva, que comprende la prerrogativa a tener un juicio sin dilaciones indebidas y al efectivo cumplimiento de la sentencia que se dicte, de acuerdo a lo que con claridad establecen los citados dispositivos de la CADH.

Constituiría una quimera limitar los alcances de tan noble instituto al acceso a la justicia, y librar al albur el resto del trámite. Por ello, con inudable acierto se ha explicado que la tutela judicial efectiva comprende no solo el derecho a ser oído y a rendir pruebas, sino también a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por un juez independiente y a que esa sentencia sea cumplida (ver Ríos, Juan Pablo – Nicolino, Marcela: «La tutela judicial efectiva en el derecho de familia», La Ley, el 24/07/2020. Cita Online: AR DOC 4236/2019).

En tal orden, es indubitable que la realidad vital torna imprescindible la definición del asunto ahora, sin más dilaciones, si se aprecia el tiempo transcurrido y la etapa que atraviesa la niña, que va a cumplir cuatro años y conforme lo informara su mamá en la audiencia mencionada en el primer voto, comenzó el jardín, y de acuerdo a lo que narrara, enterados de su situación, «A» ya experimentó en carne propia el escarnio por los comentarios de sus compañeritos, que aunque vertidos desde la inocencia connatural a las criaturas de esa corta edad, no escapan a la crueldad apta para provocar dolor. Esto último prueba que fuera de lo coyuntural que apareja el aislamiento social y obligatorio motivado en la pandemia que afecta al planeta, vienen los tiempos en que la interacción con sus pares será frecuente, circunstancia que robustece la exigencia de consagrar una solución que le brinde seguridad para favorecer su desarrollo holístico. Se potencia así la necesidad de consolidar definitivamente su derecho a la identidad, dada la beneficiosa repercusión que habrá de tener en la vida social y de relación de la pequeña.

La solución que se propone en los agravios, con apoyo en la visión de la norma no compartida, desatiende esos objetivos, y por ello se aleja de la interpretación que reclama el interés superior del niño, porque le veda el acceso a una filiación acorde al elemento volitivo, y la obliga a mantenerse vinculada a SSA, con quien «A» no se encuentra vinculada por ninguna de las fuentes de filiación que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y que ha manifestado hasta el cansancio que carece de voluntad procreacional. Circunstancia que le impide desarrollarse ligada a una realidad familiar que guarde concordancia con lo que ocurre a nivel formal y registral. A permanecer, en suma, atada a un vínculo falso, hasta que se dicte la sentencia en el proceso de adopción por integración que debería iniciarse.

Para medir el interés superior del niño desde el prisma del derecho sustancial en general, y en lo que respecta al derecho a la identidad en particular, es primero necesario sintetizar las diferencias que se advierten sobre el punto entre lo que se decidiera en la sentencia, con la postura que se sostiene en las quejas. En la primera, el derecho a la identidad de la niña analizado desde su superior interés, se considera violentado en el esquema propuesto por el Sr. Fiscal de primera instancia, y base fundamental para justificar la decisión a la que se arriba. Se lo interpreta en un sentido amplio, que no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona» sino que «comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc. a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos

propios de su personalidad» (Famá, María Victoria, «La Filiación», Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág.44 y ss). Con una visión reduccionista, la postura que se combate en el dictamen es emplazada en el esquema de una mera opinión personal, a la par que se señala que a diferencia de lo decidido por la Magistrada la satisfacción de aquél interés debe efectuarse a partir de los valores y principios que surgen de las normas jurídicas. Y desde esa perspectiva, como reputa que el legislador no admitió por el momento la práctica de la gestación por sustitución, tal interés del niño se preserva manteniendo la regla de que es hijo de la madre que lo gestó, y brindándole -para casos como el de autos-, la posibilidad de tener un vínculo filiatorio -a través de la adopción por integración- con quien, como sucede con I a actora, reclama ser

emplazada como madre. De forma tal que, lo que considera es la solución legal, resuelve adecuadamente los intereses en juego, pues a la vez que dota a la menor de un emplazamiento inmediato, que asegura la integridad de todos los elementos de su identidad (conf. art. 7, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 11, ley 26.061), preserva el derecho de los actores involucrados en el caso.

Para dar respuesta a esta disputa, vale recordar que siguiendo a Fernández Sessarego, la identidad personal puede ser definida como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad (ver Fernández Sessarego, Carlos: «Derecho a la identidad personal», Astrea, Bs. As., 1992, p. 113).

Este y otros autores, desde hace ya mucho tiempo, han distinguido en el derecho a la identidad una faz dinámica y otra estática. La primera comprendería relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, incluyendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural, entre ellas, la socioafectividad; en tanto que la segunda responde a la concepción restrictiva de identificación y se establece, como regla, sobre los datos físicos de una persona, como ser, los genes (ver Herrera, Marisa: «Manual de derecho de familia», Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, p. 403).

En torno a ello, cabe señalar que mientras algunos autores de fuste, como De Cupis ubican la filiación materna o paterna en la identidad, otro importante sector, por considerarlos propios de un orden familiar parental, lo emplaza en el estado de familia, considerado uno de los atributos de la personalidad, noción abstracta que no corresponde a una determinada relación familiar y que comprende los elementos comunes a todas. Lo que subyace aquí es el derecho a lograr la concreta posición o cualidad de la persona en el seno de la familia que le pertenece (Ver Cifuentes: «Derechos personalísimos», con cita del nombrado autor italiano y de Zannoni y otros autores que sostienen la otra postura).

En esta temática, se ha marcado la necesidad de resaltar la diferencia del derecho a la identidad, que en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen, del derecho a la filiación, que refiere a la prerrogativa de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo, el cual puede fundarse en el elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA) (Kemelmajer de Carlucci, A., «El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odievre c. France», Derecho de Familia.Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 26, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2004, 77).

Entre nosotros, el derecho a la identidad encuentra en el bloque de constitucionalidad una muy fuerte protección, en cuyo contexto es de ineludible mención, la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se lo contempla en dos preceptos mencionados por el Sr. Fiscal. El primero de ellos, es el art. 7º, el cual prescribe: «El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Cada Estado Parte de velar por la aplicación de estos derechos conforme su legislación nacional, de acuerdo con las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera. El otro dispositivo es el art. 8º, que de manera expresa establece: 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 asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad».

Se ha dicho, que el juego armónico de las precitadas disposiciones convencionales es claro. La interacción entre filiación y preservación de las relaciones familiares es central para garantizar el derecho a la identidad, correspondiendo al Estado estructurar el sistema tendiente a su aseguración de modo tal que no suponga una injerencia ilícita; por lo tanto, deberá ser lo suficiente poroso o permeable para proteger, según

las circunstancias familiares y afectivas comprometidas, este derecho que estructura y nutre todo el sistema filial. En otras palabras, desde un enfoque de derechos humanos, la identificación que surge del emplazamiento filial, o sea, «los papeles», debe estar a tono con la identidad en sentido integral, esto es, comprensiva de la realidad familiar de cada niño y/o adolescente, y viceversa, la identidad así entendida requiere que se la asegure a través de los «papeles» (Sabrina Anavel Silva, en Grosman- Videtta: «Responsabilidad parental, derecho y realidad.», Rubinzal- Culzoni, Editores, p. 322, contiene lenguaje inclusivo empleado por la doctrinaria).

De acuerdo con lo que llevo expuesto, es claro que la mencionada disputa debe decidirse en favor de la tesis defendida en la sentencia apelada, porque la posición esgrimida en los agravios, sin perjuicio del respeto que merecen esa y todas las ideas que fundamentamente desde una u otra orilla se expiden sobre el punto, carece de sustento fáctico – jurídico en el caso en concreto, porque conduce a lesionar el derecho a la identidad de «A» en ambos aspectos, tanto en el estático -o el derecho a la filiación según la postura que se acepte- como en el dinámico. Ello, porque se le impide acceder al emplazamiento fundado en el elemento volitivo, columna vertebral de la filiación por TRHA, y de ese manera se la obliga a mantenerse en una situación irreal desde lo jurídico, que al unísono la priva de su verdadero vínculo filial con MDS, que es quien dejó expresada desde un principio su voluntad procreacional a través del mencionado consentimiento previo, libre e informado, además de asumir la responsabilidad parental desde el nacimiento, y se la constriñe a prolongar hasta la adopción por integración que se propone como alternativa, un vínculo jurídico falso con SSA, que ha manifestado siempre que carece de aquélla voluntad, ya que sólo intervino como mujer gestante, y sin otra fuente de filiación que justifique el actual emplazamiento.

Se ha señalado en esta línea, con contundencia, «La respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños, es que desde su

nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo

genético según este haya sido o no aportado» (Lamm, Eleonora, Dictamen Subdir. De Derechos Humanos de la Dir. De Derechos Humanos y Acceso a la Justicia en autos: «M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas», Juzg. De Flia. N° 2 de Mendoza, 06/09/2017).

En la postura defendida por el Sr. Fiscal de Cámara, el tema se deriva a una fuente de filiación como la adopción, en la versión de integración, que no fue la seleccionada, lo cual obliga forzar la interpretación de la figura para emplazar una realidad fáctica distinta a la que ella tiene en miras tutelar, además de desvirtuar la realidad del vínculo en su origen, lo cual de rebote quiebra la columna vertebral de la fuente de filiación elegida, al desplazar del centro de la escena a la voluntad procreacional. Y en este sentido, hay un punto donde el derecho procesal se confunde con el sustancial, porque el tiempo que insumiría el camino ritual que madre e hija tendrían que transitar, mientras la vida transcurre, despoja de eficacia a la solución y lesiona el derecho a la identidad de la pequeña tal como fuera caracterizado.

La adopción de integración, hoy regulada sistemáticamente por el Cód. Civ. y Com., prevé el supuesto de un niño ya nacido, que tiene un solo vínculo efectivo y al que el segundo vínculo constituido agrega protección; no es el caso de la gestación por sustitución en el que ambas personas prestan, desde antes del nacimiento, su consentimiento libre, pleno, informado, etc. para tener vínculos con una persona que va a nacer (Kemelmajer de Carlucci, Aída: «La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019, Publicado en: SJA 04/09/2019 , 39, JA 2019-III).

Analizada esta importante cuestión con una visión de género como la que se desarrolla en el punto III-b), es dable recordar que el matrimonio para concretar su explicado sueño acudió a la tercera vía de filiación citada, representada por las TRHA, donde la voluntad procreacional tiene el supremo rol ya explicado, con total independencia de quien aporte el material genético. Sin embargo, no obstante que ambos la expresaron de acuerdo a lo que prescribe el ordenamiento jurídico, sólo SC vio satisfecho desde el vamos su derecho al vínculo filial con su hija, mientras que MD todavía lucha por conseguirlo. Levantado todo anclaje que recaiga sobre arcaicos patrones de conducta, estereotipos o prejuicios, emerge prístina una desigualdad, que de rondón afecta el proyecto de vida en común que

los actores comparten y el puntual derecho a la familia que en definitiva quieren formar, y que en la medida que el ordenamiento legal, convencional – constitucional lo permita, tal como efectivamente ocurre en el caso, debe ser desterrada de manera implacable, y sin más demoras, a fin de restablecer el equilibrio y la igualdad lesionados.

Por su parte, el abandono previsto en el art. 700, inc. b), del Código Civil y Comercial de la Nación, que provoca la extinción de la responsabilidad parental, a diferencia de la que opera de pleno derecho y por causales objetivas que no guardan relación con reproche o imputación a la progenitora o progenitor o a ambos, en este supuesto requiere de declaración judicial -sentencia- pertinente, previa valoración de la inconveniencia para la hija del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza formalmente en este caso de SSA.

La causal exige el abandono del hijo/a, como consecuencia del cual quede en «total estado de desprotección». Consiste en la abdicación total, injustificada y voluntaria de los deberes derivados de la responsabilidad parental. Se requiere el

juzgamiento de la conducta real, atendiendo al proceder responsable, debiendo concurrir el elemento intencional, la voluntariedad de la conducta adoptada» (ver Lorenzetti, Ricardo Luis: «Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado», t.- IV, ps.538/9).

La propuesta de acudir a este esquema del abandono para conseguir la formal privación de la responsabilidad parental, sin una necesidad jurídica de hacerlo, que no ha sido peticionado en esta causa, es pasible de similares críticas a las desarrolladas precedentemente, con el agregado que apareja una connotación disvaliosa para la mujer gestante, porque aunque el instituto apunte más a proteger al hijo que a reprochar a la madre, la realidad es que el precepto tipifica una situación de grave incumplimiento con los derechos y deberes más trascendentes que un ser humano puede recibir del ordenamiento jurídico, como lo es la responsabilidad parental (art. 638 siguientes y concordantes del CCyCN), calificada como un instituto contemplado para la formación integral, protección y orientación de la niña, nada menos que para «el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad» y para «estar plenamente

preparada para una vida independiente en sociedad (ver Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño).

No obstante reconocer el esfuerzo intelectual desplegado en los agravios para aportar una solución que satisfaga el interés de la menor, a raíz de la distinta interpretación que se tiene del citado art. 562, considero que la ruta que se ofrece es intrincada y apareja consecuencias perniciosas, a diferencia de la solución que consagra la sentencia, que con una visión de género como la propuesta, es la que mejor se acomoda a la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (sancionada el 11 de marzo de 2009) que reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (art. 2 inc.g y 3); configurándose hipótesis de violencia sexual cualquier acción que implique la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva (art. 5 inc. 3, primer ley citada) en las modalidades, tipos y ámbitos en los que se manifieste (art. 6, inc. a, d, y e) (ver Galati, Elvio, «Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución», DFyP 2015, febrero, 165).

Analizada la decisión a la que se arriba en el pronunciamiento desde el prisma del derecho sustancial mencionado, también es la que resguarda de un modo más idóneo el aludido interés superior del niño, ya que sin prolongaciones en el tiempo, avalada por una interpretación razonable de la normativa tal como se lo ha explicado, consigue suprimir la falsedad de su vínculo y consecuente identidad, puesto que «A» protagoniza una realidad familiar que no guarda concordancia con lo que se observa a nivel formal y registral, desde que su DNI y partida de nacimiento reflejan un vínculo filial distinto, en razón que sigue inscripta como hija de SSA o que efectivamente no es su progenitora, ni lo quiere ser, sino que solo actuó como gestante. Tal situación, para neutralizar efectos perjudiciales no solo no puede ser perpetuada, sino que requiere de una solución expedita como la delineada en el pronunciamiento recurrido, dada la inminencia del daño, que la demora agrava y acentúa en la proyección social de su identidad personal.

De todo cuanto llevo expuesto se colige, que la negativa suerte de los agravios no variaría, si en lugar de seguir la interpretación del art 562 y del resto de la normativa que defiendo en este voto para definir la cuestión, se considerara que el precepto sujeto a análisis admite dos interpretaciones, la que sostiene el Sr.Fiscal de

Cámara y la que suscribo, y la solución se adoptara por comparación, porque por lejos, la que ofrece la sentencia cuestionada resulta la más beneficiosa, tanto desde el prisma del aludido interés superior de la niña, como de los derechos de la madre comitente y la sustituta. Ello, además de lo que se señala en el apartado siguiente. e) El caso bajo el influjo de la OC del TEDH del 10/04/2019 y otros precedentes.

Como se lo explica en el voto que antecede, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ocupó en tiempos cercanos de la gestación por sustitución al resolver con fecha 26/06/2014 dos casos similares ante el mismo país, Francia, citados en la demanda. Se trató de los casos «Mennesson» (demanda núm. 65192/11) y «Labassee» (demanda nº 65941/11). En dicha ocasión, puso de resalto que se había socavado la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa y señaló que las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quienes figuraban según esa legislación como padres, sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados; estándar básico o esencial para que el tribunal europeo responsabilice o no a un Estado (Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», LA LEY, 02/07/2014, 02/07/2014, 1 – LA LEY 2014-D, 1165, Cita Online:AR/DOC/2285/2014).

Dos años más tarde, el 21/07/2016, el TEDH decidió en los casos «Foulon y Bouvet contra Francia» en similar sentido, luego de valorar que ante la negativa del país de transcribir el acta de nacimiento de los niños nacidos en la India producto de esta técnica de gestación por sustitución, se había violado el derecho al respeto de la vida privada de los niños implicados. En similar sentido se pronunció en el caso Affaire Laborie contra Francia resuelto el 19/01/2017 respecto de un niño nacido en Ucrania

(Kemelmajer de Carlucci, Aída – Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora – De la Torre, Natalia, «La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso «Paradiso y Campanelli c. Italia», LA LEY, 13/03/2017, 13/03/2017, 6, Cita Online AR/DOC/610/2017).

Esta opinión no se halla contradicha por lo resuelto por la alta instancia europea en el caso «Paradiso-Campanelli vs. Italia» como pretende imponerlo cierto sector de opinión. Ello, porque como se lo ha señalado, no puede tomarse como precedente en materia de gestación por sustitución porque el voto mayoritario se limitó a analizar si debían o no prevalecer los derechos de una pareja que, sin aportar material genético alguno y violando normas nacionales, había viajado al extranjero para tener un hijo con la ayuda de otra persona; el problema no giró en torno a la aceptación o no de aquella práctica médica, sino a la forma en la que el proceso se desarrolló. Por lo demás, al momento de la decisión por el TEDH, el niño nacido en Rusia ya había sido adoptado por otra familia italiana, por lo que el interés superior del niño estaba plenamente asegurado (Kemelmajer de Carlucci, Aída: «La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019, Publicado en: SJA 04/09/2019 , 39, JA 2019-III, con cita de Ver KLEINER, Caroline, «Surrogate motherhood in France; the need for a change. Consideration of French Private International Law», Kansay University Review of Law and Politics, 38, March 2017).

Retomando al precedente «Menesson», punto de partida de esta tendencia, la parte resolutive encierra la siguiente conclusión del tribunal: «En una situación en la que, como en el

escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional:

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente,

designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como «madre legítima».

2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

Como lo destaca la doctrina, el TEDH remarca que el Estado debe crear un mecanismo para establecer vínculos jurídicos con la madre de intención que no aportó los óvulos porque, el interés superior del niño supone identificar jurídicamente, sin dilaciones y eficazmente, a las personas responsables del cuidado, educación, crianza, etc. O sea, el margen de discrecionalidad del Estado se reduce a optar entre diversas vías, pero no puede negar ese vínculo, especialmente, si la relación legalmente establecida en el extranjero se ha convertido en una realidad práctica. O sea, la Corte impone a los Estados reconocer esta maternidad (En Alemania, la Corte Federal ha ratificado la obligación del estado alemán de inscribir esas partidas. Ver SCHUSTER, Alexander, «La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA», <http://www.articolo29.it/2019/13045/>). Más aún, ese margen de discrecionalidad para la elección de la vía no es absoluto; está condicionado a que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible»; en suma, el mecanismo de determinación debe ser eficaz (Kemelmajer de Carlucci, Aída: «último trabajo citado).

Luego, con apoyo en el Dictamen del TEDH, el Pleno de la Corte de Casación francesa 4 octubre 2019 (nº recurso 10- 19.053), en el aludido caso, ha considerado que no procede la anulación de la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil francés en base a la certificación extranjera, en la que figuraba como madre legal la madre de intención (mujer del padre legal y biológico), que no era la madre biológica de las dos niñas nacidas en California mediante gestación subrogada. El argumento ha sido que, por las peculiaridades del señalado litigio, en particular referencia a las circunstancias de tiempo, no existían otras vías

que permitiesen reconocer la filiación materna en condiciones que no supusiesen una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto a la vida privada de las menores.

En definitiva, atendiendo a las directivas de la opinión consultiva en torno a la protección del interés superior del niño en este contexto y a la necesidad de hallar una solución que ofrezca la suficiente seguridad jurídica y que se implemente de manera rápida y efectiva, se analizan las vías posibles para concretar el reconocimiento de la filiación. Resulta destacable que dadas las particularidades de este caso, y sin perjuicio del margen de apreciación que el TEDH le deja a la Corte de Casación para determinar cómo correspondía reconocer la filiación, el tribunal francés descarta tanto la vía de la adopción como la de la presunción por posesión de estado y se

vuelven las cosas al estado anterior, es decir se encuentra en el reconocimiento de la filiación establecida al amparo del derecho extranjero la justa solución a este caso otorgando validez a la transcripción primigeniamente efectuada (Rubaja, Nieve: «Novedades en el campo de la gestación por sustitución transfronteriza: la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su impacto en la solución del caso «Mennesson» y la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», Publicado en:RCCyC 2019 (diciembre) , 29).

La solución que propone la sentencia apelada en el presente, guarda plena armonía con los criterios que bajan del mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el primer precedente citado, y lo decidido por la casación francesa en función de ello, que reclama la existencia de un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica, tal como acontece en el sub examine. Obligar a la mamá y a su pequeña hija a esta altura de los acontecimientos, cuando «A» está cerca de cumplir cuatro años, a transitar un nuevo proceso para acceder a la adopción por integración, comporta una solución que se halla en pugna con tales postulados, porque dilata innecesariamente la solución del problema, con grave afectación de su interés superior, que exige el reconocimiento de su vínculo filial con quien como MDS tiene voluntad procreacional y asumió la responsabilidad

parental desde que llegó al mundo. Ello se impone ahora y sin más dilaciones, única manera de dar efectivo acatamiento en el caso en concreto a tales directrices y resguardar el derecho a la vida privada de la niña y su identidad social, en cuya preservación el Alto Tribunal puso especial énfasis. Lo cual tiene además el mérito de traer paz y tranquilidad a todas las partes que de consuno decidieron emprender tal procedimiento, sin que se adviertan las violaciones al orden público que se alegan en los agravios, que a mi modo de ver en el caso se encuentra a buen resguardo.

Lo dicho corrobora que también con sujeción a estos lineamientos, la solución que se propone en la sentencia apelada debe ser preferida a la que delinea el Representante del Ministerio Público Fiscal.

Aunque esta aspiración no sea ya susceptible de ser alcanzada, dado el lapso transcurrido, concuerdo en que en los supuestos como en el que tocó ahora entender a esta Alzada: «La respuesta más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y, consecuentemente del mejor interés de los niños, es que desde su nacimiento tengan su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según este haya sido o no aportado» [Lamm, Eleonora, Dictamen Subdir. de Derechos Humanos de la Dir. de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia en autos: «M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas», Juzg. de Flia. N° 2 de Mendoza, 06/09/2017].

A mayor abundamiento, a modo de reflexión personal, en un todo de acuerdo con lo que apunta la doctrina y la jurisprudencia en el párrafo precedente, considero que casos como éste, deberían encontrar un mecanismo rápido y expedito de solución, como el que hoy existe en CABA (Disposición n° 93/DGRC/17) o cualquier otro, que permita la filiación del niño o de la niña acorde con el elemento volitivo desde el momento mismo del nacimiento respecto de ambos comitentes, al menos hasta que se desarrolle el postergado debate y el legislador adopte una definición sobre el tema. Razono así, porque la realidad indica que la práctica se va a seguir desarrollando, y la judicialización de esos casos, conlleva el riesgo cierto de no salir indemne, porque al dilatarse la resolución por el tiempo que necesariamente insumen ese tipo de procesos, se genera el pernicioso

efecto de alimentar incertidumbres, angustias y ansiedades, que deben ser evitadas, amén de los derechos humanos que pueden verse conculcados.

En el caso en particular, no obstante lo que contara la mamá acerca del orgullo con que «A» exhibiera a sus hermanos su rol protagónico en la audiencia celebrada el 5 de Agosto por este Colegiado, con las partes y los representantes de los ministerios públicos fiscal y de la defensa, lo cierto es que mas allá del costado humorístico y la ternura que despierta tal ocurrencia, no es más que un rasgo anecdótico, que deja traslucir el efectivo acatamiento de los progenitores del mandato de explicarle a la niña la forma en que fue gestada y concebida que contiene la sentencia apelada, y en todo caso de un adecuado manejo de esa vicisitud procesal en el seno de la familia, pero la incertidumbre de todos ellos no se agota en ese trámite. Ya han transitado un largo camino, y por todo lo dicho, por los diversos derechos mencionados a lo largo de la presente, susceptibles de ser afectados, considero que el definitivo reconocimiento de sus derechos que apareja la confirmación de la sentencia apelada, implica acatar el mandato de afianzar la justicia que baja del preámbulo mismo de la Constitución Nacional en este caso en concreto. En particular, si se aprecia que la gestación por sustitución era la única manera de la madre comitente de alcanzar su sueño, compartio por su cónyuge, de aumentar su familia a través del uso de las TRHA, dada su imposibilidad de concebir y gestar.

A modo de colofón de todo lo que llevo expuesto, por el realismo que necesariamente debe impregnar a toda decisión jurisdiccional que se precie de tal, en razón de que participa de esas características, y resulta, en lo pertinente, adaptable a las circunstancias que rodean el presente, me quedo con lo que expresaron Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, a propósito del comentario al primer fallo habido en la materia en la jurisprudencia nacional, en orden a que «el niño -en este caso la niña- 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.), concluyendo que regular de manera positiva la gestación por sustitución es la respuesta legal que mejor satisface el interés superior del niño. A priori, ese interés exige contar con un marco

legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo [Kemelmajer de Carlucci, Aída Lamm, Eleonora Herrera, Marisa; «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional», LA LEY, 11/07/2013, 3, comentario al fallo del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 86, 2013-06-18, «N.N.o DGMB M s/ inscripción de nacimiento»].

En consecuencia, por estos fundamentos, como ya lo adelantara al comienzo, presto adhesión a la solución que se propone en todos los aspectos, en el primer voto de mi distinguida colega, Dra. Guisado.

Con lo que terminó el acto.

MARÍA BELÉN PUEBLA

SECRETARIA

Buenos Aires, 27 de agosto de 2020.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal RESUELVE:

I) confirmar la sentencia apelada de acuerdo a los presupuestos de hecho del presente caso y II) imponer las costas por su orden.

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La doctora Patricia E. Castro no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 23 del Régimen de Licencias).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo

cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PAOLA MARIANA GUIADO

JUAN PABLO RODRÍGUEZ

JUECES DE CÁMARA