Buenos Aires, 15 de marzo de 2018.

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

Vienen estos autos a la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la Sra. Fiscal y el Sr. Defensor de Menores, contra la sentencia dictada a fs. 176/191 y contra el decisorio de fs. 202/203. El memorial del Sr. Defensor se encuentra agregado a fs. 212/228 y fue contestado a fs. 236/246. El de la Sra. Fiscal obra a fs. 248/256 y fue contestado a fs. 258/268.

Se agravian los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, de las decisiones adoptadas por la Magistrada de grado, quien a fs. 176/191 declaró para este caso concreto la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y ordenó la inscripción del niño V., nacido el día . de . de 2017 como hijo de H. T. y de C. A. S. Asimismo, recurren el pronunciamiento de fs. 202/203 por el que como medida preventiva se dispuso la inscripción provisoria del nacimiento del niño como hijo de los peticionantes.

A.- En función de los términos de los agravios introducidos y por razones de estricto orden metodológico, se analizarán en primer término los referidos al pronunciamiento definitivo recaído a fs. 176/191.

Voto de los Dres. Kiper y Fajre:

I.- Las presentes actuaciones fueron promovidas por los Sres. H. T. y C. A. S., persiguiendo la inscripción del nacimiento del niño V.-nacido en el país el día . de . de 2017- como hijo de ambos y con exclusión de quien diera a luz al niño en condición de gestante por sustitución.

En su escrito inicial, los actores destacaron que son una pareja de la diversidad, que conviven desde el año 2011, que con fecha 27 de enero de 2016 registraron su unión civil, y que desde un primer momento tuvieron como proyecto de vida en común la formación de una familia con varios hijos e hijas.

Relataron que el . de . de 2013, nació la niña A. mediante el método de gestación por sustitución en los Estados Unidos de Norteamérica con una gestante norteamericana y ovodonación anónima, quien fue inscripta en dicho país consignándose en el campo madre “sin madre o madre gestante” e inscripta en nuestro país tal como figuraba en la partida original. Que el 1° de junio de 2016 el Sr. S. promovió un proceso de adopción por integración que fue admitido mediante pronunciamiento que se encuentra firme, pero que aun no fue ejecutado en tanto dicha causa tramitó en forma conexa con otro proceso actualmente elevado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Que el . de . de 2016 nacieron en el país los mellizos A. y V., también mediante el método de gestación por sustitución y por ovodonación anónima, lo que motivó la promoción de un segundo proceso judicial -que es el que actualmente se encuentra elevado ante nuestro más Alto Tribunal- y en el que esta Sala revocó el decisorio de primera instancia que había ordenado la inscripción previa declaración de inconstitucionalidad del art.562 del Código Civil y Comercial de la Nación, y dispuso que se resuelva la adopción por integración respecto del copadre con voluntad procreacional.

Que el . de . de 2017 nació en el país el niño V., concebido también mediante ovodonación anónima y por el método de gestación por sustitución, cuya inscripción registral no fue resuelta, lo que motivó la iniciación de la presente acción, originariamente promovida como acción de amparo, y que a partir de la presentación de fs. 127/128 fue recaratulada como inscripción de nacimiento.

II.- Efectuada la reseña de los antecedentes vinculados a la presente petición, cabe poner de resalto que mediante el pronunciamiento dictado por esta Sala el pasado 26 de octubre de 2016 -respecto del cual se concedió el recurso extraordinario federal que aún no fue resuelto- se revocó el pronunciamiento de la instancia grado luego de considerar que “la inconstitucionalidad de oficio del art. 562 del Código Civil y Comercial -sin entrar a valorar el error o el acierto de la mencionada declaración de inconstitucionalidad que denota un enjundioso y serio estudio de la cuestión jurídica sobre la que se expidió- se apartó de lo peticionado por las partes que a fs. 34 habían decidido encausar la pretensión de modo tal que por vía de integración plena los tres niños sean hijos de ambos, petición con la que está de acuerdo del Sr. Defensor de Primera Instancia”.

En efecto, en dicha ocasión se resolvió conjuntamente el pedido de adopción por integración originalmente promovido en relación a la niña A., así como el pedido de inscripción del nacimiento de los mellizos A. y V.oportunamente efectuado, que luego fue adecuado a la vía de la adopción plena por integración, teniendo especialmente en cuenta a la hora de decidir como se hizo, que los propios peticionantes habían modificado su pretensión original.

Ahora bien, como en el caso no ha mediado una petición similar tendiente a adecuar la pretensión original, corresponde al Tribunal analizar los elementos incorporados al proceso en orden a determinar si asiste razón a los apelantes, cuando sostienen que debe revocarse la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del ordenamiento sustantivo dispuesto por la Magistrada de grado.

III.- En primer término cabe destacar que quien postula la inconstitucionalidad de una norma jurídica, debe probar fehacientemente que contraría la Constitución Nacional, como también que su cumplimiento o aplicación lesiona derechos de la máxima jerarquía. Y ello, en virtud del principio de que los jueces no pueden resolver cuestiones en abstracto, sino casos judiciales.

Siguiendo este objetivo, es menester que lo controvertido sea una sentencia que reconozca un derecho concreto a cuya efectividad obstan las normas que se impugnan. Precisamente, esto último alude a que la declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos – pues importa el ejercicio de la función más delicada de los magistrados -, a la cual debe recurrirse como última “ratio” del orden jurídico.

Reiteradamente se ha dicho que las normas son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental ( C.S.J.N., Fallos 307.906; en el mismo sentido: Fallos: 243.504; 243:470; 299:428; 310: 2845; 311:394; 312:435; 315:142 y 2804; 319:2151 y 2215 ). De allí, el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo gravamen y debe probar además, que ello ocurre en el caso concreto (C.S.J.N. Fallos 310:211; ídem, 314:495).

IV.- Bajo tales perspectivas habrán de analizarse los agravios vertidos.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha incorporado una tercera fuente de la filiación. Además de la filiación por naturaleza y de la filiación por adopción, el actual art. 558 contempla la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Por imperio de dicha normativa, la filiación por TRHA se encuentra en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción, con el límite de dos vínculos filiales.

Estas 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”, LaLey, 8/8/2011, p. 1; Delia Iñigo, lea Levy, Adriana Wagmaister “Reproducción humana asistida”, Enciclopedia de derecho de familia, TIII, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994 p.551, entre otros).

Según se sostiene, a partir de su utilización se ha ensanchado considerablemente la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales, en tanto si bien podremos hablar de la utilización de estas técnicas en los casos de imposibilidad biológica de acceder a la maternidad para parejas heterosexuales -casadas o no- y dentro del marco de la llamada fecundación homóloga; también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como la maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contenido de las técnicas de reproducción humana asistida”, Revista de Derecho Privado, Año 1, n° 1, Ediciones Infojus, marzo, 2101, p. 6).

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.

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, 4/7/2016, La Ley online cita online: AR/JUR/42506/2016).

En tal inteligencia, el nuevo ordenamiento sustantivo en su art. 562 coloca a la voluntad procreacional como 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 sólo 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 la maternidad/paternidad importando sólo 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, Dir. Ricardo L. Lorenzetti, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, TIII, p. 503).

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación).

Ahora bien, así como se consagra que la voluntad procreacional es la que determina la filiación habida de estas técnicas, el mismo art.562 -en los términos en que ha quedado redactadoprevé 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 -que configura una de las técnicas que actualmente ofrece la ciencia médica para la reproducción humana asistida- se encuentra admitida en nuestro ordenamiento.

Es que como es sabido, el Código Civil y Comercial de la Nación que se encuentra vigente, no contiene ninguna regulación ni prohibición expresa de esta figura, la que fue suprimida del Anteproyecto por el Congreso de la Nación.

Entre los fundamentos de dicho anteproyecto, se justificó la incorporación del instituto por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación. Se explicó en dicha ocasión que se optó por su regulación por diversas razones, entre ellas, por fuerza de la realidad tanto nacional como internacional y por la existencia de muchos niños ya nacidos por estas técnicas. Además, se hizo especial énfasis en que el reconocimiento del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería incongruente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Sin embargo, estas motivaciones no llegaron a plasmarse en la versión final del Código Civil y Comercial de la Nación que fue aprobada, y por ello, frente a este vacío normativo, se han suscitado en la jurisprudencia diversos planteos similares al presente, tendientes a determinar el emplazamiento filial de los nacidos a través de estas técnicas.

V.- En una primera aproximación del tema que motiva este pronunciamiento, cabe poner de resalto que según lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el art.17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. La imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el art. 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del art. 17.1 de dicha Convención (Atala Riffo y niñas c. Chile, sent. 24/2/2012 párr. 142 y párr. 175).

En efecto, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Así entendió que la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación (TEDH, “Schalk y Hopf v. Austria”, n°30141/01, sent. Del 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 91, 92, 93 y 94 cit. por Larsen, Pablo en Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1ra. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 319).

En efecto, en tal inteligencia esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar -por mayoría- que en el estado actual de nuestro ordenamiento, se admite que cualquier matrimonio o unión convivencial hetero u homosexual tiene derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a estos últimos la fecundación natural entre sus componentes, y hasta el uso de técnicas de reproducción humana asistida (conf. esta Sala in re “P., D. N.c/ General Paz Hotel SA s/ daños y perjuicios”, Expte. n° 35876/2014, del 16/12/2016).

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 4/07/2016).

Fue en dicho precedente que la Corte Interamericana concluyó que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales.

Más recientemente, 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 “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).

Y si bien en el precedente invocado por el Sr. Defensor (“Paradiso y Campanelli c.Italia”, del 24/01/2017) el TEDH resolvió en contra de los intereses de la pareja que había recurrido a esta práctica médica en Rusia, lo cierto es que tal como explican las autoras referidas precedentemente, la situación fáctica era distinta, ya que a diferencia de “Mannesson”, “Labassse” y los otros casos contra Francia, éste no se refiere al registro de una partida de nacimiento extranjera ni al reconocimiento de la relación legal entre padres e hijos vinculado al nacimiento de un niño nacido mediando un acuerdo de gestación por sustitución. En el caso, el Estado Italiano -frente a la ausencia de lazo genético entre el niño y los comitentes – había dispuesto dejarlo a cargo de los servicios sociales para luego darlo en adopción a otra familia. En tales condiciones, el Tribunal Europeo dio prevalencia a la identidad genética por sobre la identidad volitiva, porque el lazo filial del niño ya había sido establecido a través de la adopción con otra familia.

En nuestro país, diversos pronunciamientos que se han pronunciado 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 nro. 86, “N.N. o D.G, M.BM. s/ inscripción de nacimiento, 18/06/2013, JCivil Nro. 8, “Barrios, Beatriz Mariana 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 Nro. 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”; Juzgado de Familia Nro.2 de Moreno ya citado, del 4/07/2016, 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.

En definitiva lo que se observa es que la falta de regulación de la gestación por sustitución se transformó en una admisión de la práctica debido a que tiene aceptación en la jurisprudencia nacional: en su totalidad, los jueces que han tenido que valorar cuestiones relativas a la gestación por sustitución se han inclinado por darle valor a la voluntad procreacional por sobre el parto (Briozzo, Soledad, “Un proyecto de ley que propone la regularización de la gestación por sustitución a través de un régimen especial”, DFyP, 221).

VI.- En el ámbito interno, rige en nuestro país la ley 26.862 -sobre Acceso integral a los procedimientos y técnicas médicas- que regula la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, clasificándolas en técnicas de baja complejidad o de alta complejidad, que pueden ser homólogas (cuando se utilizan gametos de la propia pareja) o heterólogas (cuando intervienen gametos aportados por un tercero). Dicha norma establece que los criterios y modalidades de cobertura que se establezcan no podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios (art. 8).

Al ser ello así, se sostiene que esta ley constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida, desde un enfoque respetuoso del pluralismo y la diversidad.La garantía del acceso integral a las TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo (“B.J.D. y otros s/ materia a categorizar”, Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora, del 30/11/2016).

Ahora bien, a la luz de la redacción del art. 562 -tal y como fue aprobado- y pese a los términos de la ley 26.862 que fueron reseñados precedentemente, quedarían fuera de su ámbito de aplicación las parejas homosexuales masculinas, ya que la voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Así, la voluntad procreacional solo habilitaría la relación filial respecto de dos hombres, en el caso de someterse a una gestación por sustitución (González Magaña, Ignacio, art. 562 en Rivera Julio César y Medina Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, TII, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 351).

VII.- Fuera de todo lo anterior, no debe perderse de vista que en casos como el presente, y 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).

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” LL 26/5/93).

La noción del interés superior del menor se emparenta con la de su bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida (Grosman Cecilia “Los derechos del niño en la familia” Universidad, Buenos Aires, 1998 págs. 23 y sgtes.).

Claramente la norma nos indica que no son los intereses de los progenitores los que se deben considerar primero, sino que la decisión se define por lo que resulte de mayor beneficio para el menor (Patricia Kuyundjian de Williams “El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente.- Pautas” en “Derecho de Familia” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia -dirección Cecilia Gorsman- T. 2004-I, Ed. Lexis Nexis, pág. 135).

En tal inteligencia, debe ponerse de resalto que si bien el concepto jurídico del interés superior del niños es indeterminado, no es menos cierto que el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución”, La Ley, 10/09/2012, p.1).

VIII.- En función de todo lo expuesto, al no estar prohibida la figura y aún frente a la ausencia de una regulación expresa, se entiende que en virtud del principio de legalidad que consagra el art.19 de la Carta Magna, el pronunciamiento recurrido debe confirmarse.

Nótese que tal ha sido el temperamento seguido 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 (UNde 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”.

En definitiva, teniendo en cuenta que los actores se encuentran imposibilitados de concebir naturalmente, que no existe controversia entre ellos y la gestante y que esta última ha brindado su consentimiento libre e informado -tal y como surge de las constancias de fs. 3/7 que luego fue ratificado en audiencia llevada a cabo en presencia de la a quo y de la que da cuenta el acta de fs. 148- entendemos que debe confirmarse el pronunciamiento recurrido.

No obsta a lo expuesto el cuestionamiento que introduce el recurrente en cuanto a los términos en que fue brindado el consentimiento informado para la ovodonación en la clínica médica, ya que ello debe entenderse como parte de falta de regulación expresa para la práctica de este tipo de técnicas.Y en definitiva, tal como lo destaca la Magistrada de grado, la gestante tanto con anterioridad como con posterioridad al nacimiento, ha manifestado su voluntad de no tener vínculo jurídico con el niño, reconociendo a los actores como padres del pequeño.

Por todo lo anterior y tal como se señalara en un elogioso precedente, se entiende que autorizar la gestación por otra mujer, en este caso en concreto, no es ni más ni menos que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH) en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH (“B.B.M, y otro c/ G.Y.A s/ impugnación de filiación”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 8, del 20/09/2016, LL online, cita online: AR/JUR/70743/2016).

De ahí que deba confirmarse el fallo apelado, en cuanto para este caso en concreto declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Fdo. José B. Fajre, Claudio M. Kiper.

Disidencia de la Dra.Abreut:

En esta oportunidad, habré de disentir con lo decidido por mis distinguidos colegas de Sala.

I.- Según se ha explicado, la “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”, evidencia el compromiso de una mujer, llamada “mujer gestante” a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a 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 “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”,lwww.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/ revistas/1.pdf).

Se trata de una práctica compleja que ha despertado arduos debates en la doctrina y que ha recibido distinto tratamiento en el derecho comparado.

Así, están los países que optaron por la prohibición de la gestación por sustitución; lo s que la admiten sólo con fines altruistas y bajo ciertos requisitos y los que la admiten en forma amplia.

Las principales motivaciones de aquellos que optaron por la prohibición de la figura, radican en la necesidad de evitar la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, así como impedir que estas técnicas persigan intereses comerciales contrarios a la dignidad humana.

Entre los países que integran este primer grupo, se encuentran Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, en donde la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.Dentro del grupo de países que la admiten solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones se encuentran el Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, (Australian Capital Territory ACT), Queensland, New South Wales, South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA), Sudáfrica y Nueva Zelanda. Mientras que en un tercer grupo, que la admiten en forma amplia se encuentran Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros (Eleonora Lamm “Gestación por sustitución”, InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio 2012, www. indret. com/ pdf/ 909-es.pdf).

Explica la autora citada, que entre los países que la admiten con fines altruistas y bajo ciertas condiciones y requisitos, existen a su vez, quienes regulan un proceso de “pre-aprobación” de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico; y aquellos cuya regulación refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto.

Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto.

A nivel regional, en noviembre de 2013 se sancionó en la República Oriental del Uruguay, la ley Ley 19.167 sobre técnicas de reproducción humana asistida que en su artículo 25 establece la nulidad de los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.Sólo exceptúa de la prohibición, la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio, entendido éste como aquél que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

Dicha solución guarda similitud con la existente en Brasil en donde a pesar de la ausencia de ley, mediante la resolución 2.121/2015 del Consejo Federal de Medicina se admite el procedimiento bajo ciertas condiciones.

II.- En nuestro país, el Anteproyecto de Reforma al Código Civil establecía normas legales sobre la gestación por sustitución, incorporando al ordenamiento positivo una solución a esta realidad. En su texto original permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. Además, requería la capacidad de la mujer, el consentimiento previo, libre e informado por parte de todos los intervinientes. La gestante debía portar material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; demostrar tanto la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo por parte de los comitentes como la demostración de que la gestante no aportó material genético propio ni recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial le pueda reconocer el pago de gastos, siempre que la gestante no se haya sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y haya parido con anterioridad, al menos, un hijo propio.Con el objetivo de que el cumplimiento de que todos estos requisitos contribuyan a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente (Briozzo, Soledad, “Un proyecto de ley que propone la regularización de la gestación por sustitución a través de un régimen especial”, DFyP, 221).

Sin embargo, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación, decidió suprimir la gestación por sustitución, luego de señalar que se trata de una de las figuras jurídicas que más voces encontradas ha generado.

En la ocasión, expresó que “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”.

En función de lo dicho y a diferencia de la conclusión arribada por mis distinguidos colegas, entiendo que la intención de legislador fue clara y que por ello, no existe vacío legislativo que justifique la resolución del caso en función del art. 19 de la Constitución Nacional.

Al haberse suprimido la figura proyectada y en virtud de los términos en que ha quedado redactado el art. 562 del nuevo ordenamiento sustantivo, no cabe sino concluir que la figura no se encuentra admitida.

III.- El Sr.Defensor de Menores, sostiene que la resolución recurrida agravia el derecho de identidad del niño al negarle la filiación materna; que desconoce el período prenatal de su vida, amparado por normas de rango constitucional; que coloca en desigual situación a los cuatro niños que representa; que introduce un criterio de revocabilidad de los consentimientos informados con posterioridad al implante de los embriones ya concebidos y que declara la inconstitucionalidad de una norma que resulta fundamental en materia de identidad y derechos del niño. Destaca especialmente que el consentimiento prestado para la ovodonación ante el centro médico, fue suscripto por la gestante y por el Sr. T., en carácter de pareja y que en tal ocasión manifestaron que una vez conformado el embrión sería de su plena responsabilidad. Que sin embargo, con posterioridad, sin comunicarlo a la clínica y fuera de la oportunidad prevista en el art. 561 del CCyC la gestante revocó dicha manifestación cuando el embarazo ya estaba en curso.

Por su parte, el Sr. Fiscal de Cámara, destacó que la declaración de inconstitucionalidad de una norma configura un acto de suma gravedad; que las motivaciones de la Comisión Bicameral al suprimir la figura no han variado; que la voluntad procreacional no determina la maternidad y que la determinación de la maternidad por el parto es una regla por la que ha optado el legislador, no en forma arbitraria sino que tiene fundamento en una razonable apreciación de los hechos que resultan relevantes en orden a la fijación de los vínculos filiatorios.Agrega que la decisión recurrida prioriza el interés de los adultos por sobre el interés superior del niño y concluye que no resulta razonable invalidar una norma inserta en un Código de reciente sanción, cuando el propio ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión, extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante y concediendo la adopción plena a quien manifestó su voluntad procreacional tal y como lo ha sugerido el Ministerio Público de la Defensa.

IV.- Si bien es cierto que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos del hombre o la mujer que manifestó su voluntad procreacional a través de un consentimiento previo, informado y libre, no lo es menos que por aplicación del mismo artículo 562 que así lo dispone, se establece que aún en estos casos, la maternidad sigue determinándose por el hecho del nacimiento, tal y como lo consagraba el art. 242 del ordenamiento derogado.

El legislador no sólo eliminó la gestación por sustitución del Anteproyecto, sino que además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares (Jáuregui, Rodolfo “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial de la Nación. Un fallo que explora una solución posible”, LLLitoral 2016 (agosto), 8/8/20156, 3).

De ahí que se sostenga que “el hecho de que la maternidad subrogada no se encuentre contemplada en la ley, no significa que exista un vacío legal.lo cierto es que de la circunstancia de que no exista regulación legal expresa al respecto – ya sea permitiéndola o prohibiéndola- no puede concluirse en la existencia de una vacío legal, por cuanto de conformidad a lo dispuesto por el art. 242 del Código Civil (hoy art.565 del Código Civil y Comercial de la Nación), madre del hijo es siempre la que lo gesta.” (Sambrizzi Eduardo “Una nueva e improcedente sentencia que admite la maternidad subrogada”, DFyP 2015 (diciembre) 07/12/2015, p. 210).

En efecto, así como el art. 565 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el art. 562 -en los términos que se encuentra redactado- conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

No debe pasarse por alto que la normativa proyectada sólo autorizaba la gestación por sustitución previo cumplimiento de minuciosos requisitos que debían ser analizados por el Juez a los fines de su autorización y que aún cuando admitía la figura, era terminante si se carecía de dicha autorización, al establecer que la filiación se determinaría en esos casos por las reglas de la filiación por naturaleza.

Nótese que el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación -que optó por regular la gestación por sustituciónpreveía que frente a la ausencia de autorización judicial previa, la filiación de los niños nacidos a través de este procedimiento se determinaría según las reglas de la filiación por naturaleza.

Considero que en la actualidad y frente a la ausencia de regulación expresa que prevea -entre otras cosas- dicha previa autorización judicial, debe arribarse a idéntica solución y determinarse la filiación también por las reglas de la filiación por naturaleza.Ello claro está, sin perjuicio de que luego -y como se propone para este caso- pueda recurrirse a la vía de la adopción por integración.

V.- De este modo y aun cuando entiendo que resulta imperioso que esta técnica reciba el adecuado tratamiento legislativo que merece, considero que en el estado actual de nuestra legislación, la solución del presente caso no puede significar la declaración de inconstitucionalidad de una norma recientemente sancionada, que tuvo especialmente en cuenta la posibilidad de regular la gestación por sustitución y eligió no hacerlo.

No debe perderse de vista que tal como lo destaca el Sr. Fiscal de Cámara en sus agravios, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de cualquiera de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que sólo debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (v. Fallos: 294:383; 300:241; 302:457; 307:531).

No corresponde a los jueces sustituir al Congreso, y legislar sobre cuestiones expresamente omitidas en el Código Civil y Comercial. El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (CSJN,Fallos: 312:122).

VI.- El Juez está llamado a administrar el derecho, a tratar con justicia a los contendientes y a fortalecer los valores básicos sustentados por la comunidad.Para cumplir con ello el juez debe dirimir el conflicto que se le presenta aplicando una norma general.

Este proceso a veces es dificultoso, porque los hechos se presentan como inusuales, infrecuentes o porque las reglas legales que en un principio aparecerían aplicables al caso pierdan claridad u ocasionan consecuencias no previstas (ver Cueto Rua, Julio, “Factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los métodos jurídicos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, Año XLII, n° 35, 1997, pág. 193).

Por ello, la función judicial gira alrededor de la valoración objetiva de los hechos del caso y de las normas jurídicas aplicables. El deber del juez es decidir el caso de acuerdo con el derecho y la justicia, y en ello se encuentran involucrados valores jurídicos. La justicia sin seguridad pierde significado, por lo que el juez deberá tomar en consideración todos los valores involucrados.

Aquí se encuentra en juego el derecho a la identidad del menor, frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes la donante anónima del gameto femenino, y la gestante.

De seguir la postura planteada por los actores observamos que el vínculo genético con el progenitor que no da a luz como el de la mujer gestante sería irrelevante a la hora del establecimiento de la filiación; pero nos preguntamos si esa realidad es irrelevante para la persona concebida por las técnicas de reproducción humana asistida.

Conforme la redacción de las normas legales involucradas, si bien se reconoce la voluntad procreacional, no lo es menos que el punto de partida de toda filiación según nuestra legislación es el vientre materno (conf.art.562 CCC). A partir de la madre el derecho vincula al padre o al otro progenitor (incluso la comaternidad), estando fuera de ello la homoparentalidad por cuanto requeriría el recurso de la maternidad subrogada excluida como forma de determinación de la maternidad, de modo que es un contrato nulo (ver Alterini, Jorge, Código Civil y Comentado. Tratado exegético. La Ley, 2015, T III, pág.497).

VII.- Entiendo que por la complejidad de los intereses que se encuentran comprometidos alrededor de este tipo de técnicas, la respuesta a los interrogantes planteados debe ser legislativa.

Repárese que los integrantes de la comisión n° 6 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizaron en Bahía Blanca en el año 2015 y a las que aludieron mis colegas de Sala en su voto, también concluyeron por unanimidad que “se debe regular la gestación por sustitución en una Ley Especial conforme el criterio del art.562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”.

En la actualidad existen tres proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional, que pretenden brindar un marco jurídico preciso a la figura en estudio a efectos de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de todos los sujetos involucrados, otorgando seguridad jurídica a la cuestión.

Dos de ellos se encuentran presentados ante la Cámara de Diputados (proyectos 5700-D-2016 y 5759-D-2016) y uno ante la Cámara de Senadores (2754-S-2015).

En líneas generales, el de la Cámara Alta prevé que el procedimiento será no lucrativo -a excepción de la compensación de los gastos médicos, de traslado y de asesoramiento de la gestante-, y exige la autorización judicial de la práctica, oportunidad en la que el juez -previo dictamen de un equipo interdisciplinario- deberá fiscalizar el cumplimiento de los requisitos exigidos, entre ellos, que exista incapacidad de los comitentes de concebir o llevar a término el embarazo, que la gestante no se haya sometido a un proceso de gestación por más de dos veces, que haya dado a luz al menos a un hijo propio y que se encuentre inscripta en un registro de gestantes creado en el ámbito del Ministerio de Salud. En el proyecto referido, se prevé incluso la pena de prisión o reclusión para el funcionario o profesional de la salud que facilitare la transferencia del embrión sin la previa autorización judicial.

El proyecto 5759 presentado en la Cámara de Diputados, se ha redactado en similares términos, y también prevé la previa autorización judicial y la intervención de un equipo interdisplinario.

Por su parte, el proyecto 5700 presentado en esa misma Cámara, establece como único requisito la firma de un Instrumento de Gestación Solidaria, firmado el centro médico y protocolizado ante escribano público o certificado ante autoridad sanitaria.Ambos proyectos prevén el carácter no lucrativo del procedimiento.

Como se observa, a su modo, los proyectos proponen una regulación precisa de la figura, que demuestran la trascendencia de todos los intereses y derechos que se encuentran involucrados, propia de la función del legislador.

De ahí que no comparta la decisión de mis colegas, ya que adoptar un temperamento contrario al que aquí propongo, importaría convalidar la realización de una práctica tan sensible sin ningún tipo de control previo, corriendo el riesgo de naturalizar este tipo de procedimientos y flexibilizar indebidamente los requerimientos que deben exigirse y que variarán según las condiciones que presente cada caso.

Prueba de lo anterior, es la acertada observación que formula el Sr. Defensor de Menores en tanto destaca que en ocasión de suscribirse el consentimiento de ovodonación ante el centro médico, tanto la gestante como el Sr. T. lo hicieron consignando su carácter de “pareja”.

Ello no se condice con lo alegado en autos ni con lo asentado con posterioridad en el acta notarial de “protocolo de consentimiento previo, libre e informado para el desarrollo de un procedimiento de gestación por sustitución” que fue instrumentada cuando el embarazo ya se encontraba en curso.

Este documento constituye la primera oportunidad en que el Sr. S. expresó su voluntad procreacional y por ello, a mi juicio, no reúne el carácter de previo al que alude el art. 560 del nuevo ordenamiento sustantivo. Es que según lo prevé dicha norma, “el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

Según se sostiene, siendo la voluntad procreacional el eje central o columna vertebral de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, es indudable que ésta debe exteriorizarse y ello lo es a través del consentimiento que, en virtud de tal relevancia, debe ser previo, informado y libre. En otras palabras, el consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de la voluntad procreacional. El consentimiento debe ser previo, antes de dar inicio al uso de las técnicas de reproducción humana asistida o de cada tratamiento (Herrera, Marisa Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Dir. Lorenzetti, Ricardo, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015 TIII, pág. 493-494).

VIII.- En función de todo lo expuesto y en tanto no existe norma que admita y regule expresamente esta figura y toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe considerarse como ultima ratio, entiendo acertada la solución propuesta en la instancia de grado por el Sr. Defensor de Menores, en cuanto ha sugerido que la filiación del niño se resuelva por vía la de la adopción por integraci ón, tal y como ya lo ha resuelto este Tribunal en el caso de sus hermanos mayores.

Por todo lo expuesto, considero que debe revocarse la decisión recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

C.- Como lógico corolario de lo expuesto y siendo que por mayoría habrá de confirmarse el pronunciamiento recurrido, deviene abstracto analizar los agravios vertidos en torno a la admisión de la medida cautelar decretada a fs. 202/203 por la que se dispuso la inscripción provisoria del nacimiento del niño.

En función de todo lo anterior y oídos los Sres. Representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, el Tribunal RESUELVE:

I.- Confirmar la decisión recaída a fs. 176/191 en cuanto ha sido materia de agravios.

II.- Con costas en el orden causado atento a la forma de resolver.

III.- Declarar abstracto el tratamiento de los agravios vertidos contra el decisorio de fs. 202/203.

Regístrese y notifíquese, como así también al Sr. Fiscal de Cámara y al Sr. Defensor de Cámara. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase.

JOSE BENITO FAJRE

LILIANA E. ABREUT DE BEGHER

CLAUDIO M. KIPER

JUECES DE CÁMARA