Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86
Fecha: 18/06/2013
Partes: N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento

Publicado: SJA 31/07/2013 , 57 con nota de Ana I. Castellón JA 2013-III , 777 con nota de Ana I. Castellón RDF 2013-VI , 57 RDF 2013-VI-57

Otra Cita: MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552

NACIDA - MATERNIDAD SUBROGADA

Partes: N.N. s/ inscripción de nacimiento

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil

Sala/Juzgado: 86

Fecha: 18-jun-2013

Cita: MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552

Se ordena la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores, quienes ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la técnica denominada 'gestación por sustitución'.

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, ordenar la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores, quienes ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la técnica denominada gestación por sustitución , esto es, el material genético de ambos fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad, que fue quien llevó a cabo la gestación y alumbramiento posterior.

2.-En la gestación pos sustitución el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional , que es la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

3.-La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental.

4.-Si bien en virtud del principio Mater certa est correspondería en el caso derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido.

5.-La llamada voluntad procreacional no es mas ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo.

6.-La existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad; y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico.

Filiación - Filiación en caso de técnicas de biogenética - Maternidad subrogada – Inscripción del menor a nombre de quienes aportaron el material genético – Voluntad procreacional

NOTA A FALLO
Castellón, Ana I.; ~ La voluntad procreacional como nuevo criterio de atribución de la maternidad
Ver texto

NOTA A FALLO
Holzman, Daiana M.; ~ Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen Ver texto

Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/23081/2013

TEXTO COMPLETO
Dictamen
Señor Juez:
J. L. de G. y M. S. M. se presentan a fs. 27/32 en su carácter de esposos (ver fs. 7/8) y solicitan se inscriba el nacimiento de B. M., nacida el 19 de Abril de 2012, hija de C. R. C. (ver certificado médico de fs. 57). Manifiestan que, ante la imposibilidad de M. de llevar adelante un embarazo en forma natural, una amiga y masajista de la mencionada llamada C. R. C., le ofreció “prestarle” su vientre para poder concretar su anhelo de tener un hijo biológico propio. Señalan que C. se sometió primeramente a un tratamiento psicológico para llevar a cabo con total seguridad aquello que había ofrecido, luego se realizó estudios médicos de factibilidad y finalmente a través de la técnica de fecundación in vitro se generó un embrión con el material genético de los esposos que le fue colocado a C. R. C.. Fruto de ello, nació la bebé B. M., cuya inscripción de nacimiento pretenden con la constancia expresa que el vínculo biológico se corresponde con el de los cónyuges.
En este encuadre fáctico de la demanda incoada y dado el vacío legislativo expreso —aunque no jurídico— que existe en relación a la acción propuesta, debe recurrirse a las

otras fuentes del derecho a los efectos de encontrar respuesta sobre su procedencia o improcedencia. Se trata en el caso de resolver sobre lo que se denomina “maternidad subrogada”, “maternidad disociada”, “maternidad de alquiler”, o “gestación por sustitución”, esto es, la disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, dada por la utilización de técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro (conf. RAMOS, Rodolfo, Fecundación asistida y derecho, Juris, Rosario, 1992, p. 18). Así planteada entonces la pretensión y la base fáctica sobre la que se sustenta, es fácil advertir que un caso como el presente quiebra esquemas de pensamiento tradicional de la familia y plantea interrogantes que la jurisprudencia todavía no ha debatido y que la doctrina hoy aún no sabe —por lo menos pacíficamente— cómo enfrentar (pueden verse las posiciones antagónicas de autorizados autores sobre el objeto de este tipo de vínculos contractuales, por un lado: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — LAMM, Eleonora —HERRERA, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY, 2012-E, 960; y por el otro SAMBRIZZI, Eduardo A., “Maternidad subrogada. Reforma proyectada”, LA LEY, 2011-F, 1172).

La propia Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (in re “Rabinovich, Ricardo D.”, 03/12/1999, LA LEY 2001-C, 824) hace años ha admitido lo problemático de esta temática al señalar que el sostenido progreso de la ciencia y de la técnica en la época moderna, con sus enormes posibilidades de conocimiento, poder y bienestar pero también con los graves problemas que genera cuando ellas no son puestas al servicio del hombre y terminan por someterlo, se manifiesta hoy, particularmente, en sus aplicaciones al campo de la vida, en especial de la vida humana. Así lo evidencia el incesante desarrollo de la biología, entre otras disciplinas, permitiendo resultados inimaginables décadas atrás que suscitan no pocos dilemas de orden ético. Y vinculadas con ella, tales cuestiones se plantean con las técnicas de reproducción asistida, en especial la fecundación “in vitro”. Sin duda, grandes son las posibilidades abiertas por estas técnicas en orden a la superación de la infertilidad humana, y grandes también, por ello mismo, las expectativas que generan. Pero no menos graves son los interrogantes morales que plantean, que han generado un amplio e inconcluso debate entre representantes de variadas disciplinas científicas y filosóficas y de confesiones religiosas.

Ahora bien, debe ponerse de especial resalto que las complejas cuestiones científicas y filosóficas que suscita el empleo de las técnicas de fecundación de la llamada “maternidad subrograda”, exceden a las consideraciones que este Ministerio Fiscal está llamado a desarrollar a la hora de emitir este dictamen, el cual debe centrarse en las normas jurídicas que regulan el caso. Si bien existen informes que darían cuenta que el niño sufre pérdidas y temores por las generaciones o estratos identitarios que le son sustraídos por la modalidad de gestación por sustitución en el que es concebido (ver las fuentes citadas por BASSET, Ursula C. en “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, LA LEY, 2011-F, 1005: ROSE, Joanna, “A Critical Analysis of Sperm Donation Practices, Thesis Submitted to the Degree of Doctor in Philosophy, Humanities Program”, Queensland University of Technology, 2009, p. 196. Puede consultarse en http://eprints.qut.edu.au/32012/; MARQUARDT, Elizabeth, “My daddy’s name is Donor”, 2009, que puede consultarse en http://www.familyscholars.orq/assets/Donor FINAL.pdf), lo cierto es que de acuerdo a lo normado por el art. 41 de la ley 24.946, las consideraciones siguientes se atendrán a verificar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación en el caso traído a estudio. El problema que se plantea —como ya se dijera— es el vacío legal y jurisprudencial existente en la materia.

Distinto sería el análisis si el proyectado Código Civil y Comercial del año 2012 finalmente se convirtiera en ley. En ese supuesto, el dictamen se concentraría en la verificación de los requisitos exigidos por el artículo 562, regulatorio de todo lo concerniente a la gestación por sustitución. Habida cuenta que en nuestro país no existe legislación específica vigente sobre la acción aquí incoada, y sin perjuicio de destacar la necesidad de una norma que regule una práctica como la que se llevó a cabo entre las partes intervinientes, deberá recurrirse entonces a principios generares y a los aportes que ha realizado aun indirectamente la jurisprudencia y doctrina nacionales y comparadas en la materia.

En ese orden debe tenerse en especial consideración lo sentado por el Tribunal Europeo en el caso S. H. y otros c. Austria, el 01/04/2010 (puede verse en http://www poder-judicial go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/SHyotroscontraAUSTRIA html), cuando estimó que "las consideraciones morales y/o la aceptabilidad social de estas prácticas no son, en sí mismas, razones suficientes para justificar la prohibición total de una técnica de procreación artificial específica". "Estas consideraciones pueden tener un peso particular al momento de resolver la admisibilidad o no de las técnicas de fertilización asistida en general. Pero una vez admitidas, el andamiaje jurídico creado debe ser coherente, de manera de poder receptar los diferentes intereses legítimos en juego". "Los riesgos asociados a estas nuevas técnicas de procreación (explotación de mujeres) deben ser cuidadosamente sopesados". "El potencial abuso de una determinada técnica médica no es motivo suficiente para prohibir en SLI totalidad, menos aún, cuando existe la posibilidad de regular su aplicación y adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar su ejercicio abusivo".

Por otra parte, en la legislación comparada, existen varios Estados que han dictado leyes en este sentido en los últimos diez años y admitieron este tipo de prácticas; por ejemplo, Australia (ACT (2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008)), Canadá (Alberta (2010), Columbia Británica (2011), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (ley vigente desde 2010) (citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa en "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E, 960). Brasil, mediante la sección VII de la Resolución n° 1957/2010 del Consejo Federal de Medicina de la República —que en este aspecto mantiene la resolución n° 1352/92—, prevé la utilización de la maternidad subrogada cuando exista un problema médico que implique o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.

Contrariamente, también debe decirse que hay legislaciones que lo prohíben en forma expresa. Entre ellas cabe mencionar el Código Civil francés (art. 16-7), la ley 711 de Suecia, la ley alemana sobre protección de embriones de 13/12/1990, así como las legislaciones de Noruega, Dinamarca, Québec, Irlanda, Italia, Australia, Suiza, Portugal, Bulgaria, Chile, Japón, etc. Por citar una de las más recientes, la ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida 14/2006 del 26 de mayo de 2006, dispone en su art. 10 que: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales" (ver http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292). En el caso de la jurisprudencia comparada, encontramos fallos en Francia y Alemania que deniegan estas solicitudes de inscripción, pero ello basado en que se trata de países —como arriba ya se citara— que prohíben explícitamente la maternidad subrogada (ver

dichos fallos mencionados por Adriana DREYZIN DE KLOR y Carolina HARRINGTON, “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?, Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 2001-V-301).
En el caso de nuestro país, y habida cuenta la advertida laguna legal, tal como se apuntara en uno de los únicos fallos indirectamente relacionados con esta temática (CFed. Mar del Plata, 17/12/2009, “B. C. y otra c. Unión Personal s/ Amparo”, ElDial.com y Microiuris.com), hasta tanto se regulen estas prácticas, deben ser de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. En ese sentido, el Código Civil, ha consagrado únicamente dos especies de filiación: aquella que tiene su basamento en la existencia de un vínculo biológico entre sus integrantes, o sea, la filiación por “naturaleza”, y aquella que se desentiende de la relación de sangre y que es creada por una ley y determinada por una sentencia judicial, que se denomina filiación “adoptiva” (conf. art. 240, C.Civ.). Por otra parte, el art. 242 es prístino a la hora de establecer que la maternidad queda determinada por el hecho objetivo del parto, siendo irrelevante el elemento genético.
Ahora bien, sin perjuicio de la claridad de tal precepto el cual sería de directa aplicación al supuesto de autos, tal como desarrolla María Victoria Famá (“Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LA LEY 2011-C, 1204), si bien de acuerdo a la interpretación literal del texto del art. 242 del Código Civil antes citado, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada; esta afirmación no puede ser concluyente desde la óptica de los principios constitucionales en juego a la hora de definir la situación filial del nacido, por la máxima del interés superior del niño, que —pese a su vaguedad y ambigüedad conceptual— deberá definirse en el caso como la máxima satisfacción del derecho a la identidad del niño en sentido amplio (conf. arts. 7° y 8° de la CDN y arts. 11 y cc. de la ley 26.081) y de su derecho a crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (conf. Preámbulo de la CDN). El interrogante a responder es ¿se respetaría el derecho a la identidad del niño/a si se rechazara inscribir la maternidad de quien resulta biológicamente la madre? Adelanto opinión en el sentido que no debe rechazarse tal pretensión.
En ese orden, es entonces preciso examinar determinados requisitos a la hora de analizar el caso a la luz del interés superior del niño y su derecho a la identidad. De tal modo, en el caso de autos, corresponderá estudiar si existió conformidad de todos los involucrados, el vínculo genético del niño con quien dice ser su madre biológica, y la gratuidad del vínculo habido entre las partes.
De acuerdo a lo que surge de las constancias de este expediente, la conformidad de J. L. de G., M. S. M. y C. R. C. resulta evidente. Los dos primeros han sido quienes han incoado la acción de marras, mientras que C. firmó el libelo de fs. 32 y compareció personalmente ante V.S. a fs. 58. En dicha audiencia manifestó que conoció al matrimonio por hacerle masajes a M., que se encuentra separada de hecho de su marido Luis Alberto Garujo desde el año 2001 y que no recibió contraprestación alguna. En este punto debe ponerse de especial relieve la imposibilidad práctica tanto por parte de vuestro tribunal como de este Ministerio Público de constatar que en el caso la gestante no ha recibido o no recibirá una retribución económica de los comitentes, por lo cual, ante la falta de evidencia en tal sentido, no parece haber otra solución que estar a lo declarado bajo juramento por C..
El informe genético elaborado por el Primer Centro Argentino de Inmunogenética —PRICAI— dependiente de la Fundación Favaloro, obrante a fs. 18/24, arroja como

resultado que la pareja conyugal conformada por J. L. de G. y M. S. M. presentan una probabilidad de paternidad acumulada (como pareja) del 99,9999999% con respecto a la menor B. M.. Concomitante a ello, a fs. 38 se acompaña certificación de Halitus Instituto Médico S.A. que da cuenta de la práctica de fertilización efectuada sobre la persona de C. R. C. con material genético de J. L. de G. y M. S. M. con fecha 12 de agosto de 2011. Los extremos alegados se ven reforzados por las otras constancias del médico obstetra que atendió el embarazo (fs. 15, 41/43), la médica psiquiatra tratante de C. (fs. 16), y la psicóloga que asiste a M. (fs. 17).
Respecto de la separación de hecho matrimonial de la parturienta, a fs. 46 comparece quien dice ser actual pareja de la misma y que tal ruptura data de hace años. Ello se ve avalado por los dichos del testigo que declara a fs. 47 y por el hijo biológico de C. a fs. 48.
En base a las consideraciones precedentes, teniendo en cuenta que el caso de autos se presenta como un hecho ya consumado en tanto la menor ya ha nacido en base a una técnica de F.I.V. y dado que en su inscripción de nacimiento debe prevalecer el principio de veracidad material, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real; este Ministerio Fiscal estima que V.S. puede ordenar la inscripción de nacimiento de B. M. De G. M., de sexo femenino, nacida el 19 de Abril de 2012 a las 17.00 hs en el Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento S.A., sito en Marcelo T. de Alvear .2346 de esta Capital Federal, siendo hija biológica de J. L. de G. —D.N.I. ...— y de M. S. M. —D.N.I. 92.260.999—. A todo evento, este Ministerio Fiscal estima asimismo conveniente que, en forma análoga a lo previsto por el art. 321 inciso h) C.C., se haga constar en la eventual sentencia a dictarse, que los coactores se comprometen a hacer conocer a su hija, la realidad del modo en que se gestó y segmentó su nacimiento.
— *Raquel E. Mercante*.

1ª Instancia. — Buenos Aires, 18 de junio de 2013.
Vistos y Considerando:
I. A fs. 27/32 se presentan J. L. D. G. y M. S. M. y solicitan la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en esta Ciudad, en el Instituto Argentino del Diagnóstico.
Relatan que han contraído matrimonio en noviembre de 2006 y que a partir de entonces comenzaron la larga búsqueda en pos de concebir un hijo. Así señalan que la esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término siendo muy compleja la situación que atravesaron en el segundo de ellos, en el año 2010, por cuanto al perder al bebe, en un estado avanzado fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero, atravesando una internación de una semana. Tras ello, las posibilidades de la cónyuge de acceder a un embarazo se tornaron nulas siendo la única alternativa el acudir a la Fertilización in vitro con subrogación uterina.
Fue así que paralelamente a la inscripción en el Registro de adoptantes la pareja comenzó a averiguar y evaluar las posibilidades de acceder a la maternidad a través de la subrogación de vientre en el exterior empero desecharon esta alternativa en función de los altos costos que ello implicaba.
Fue así que conoció a la Sra. C. R. C., según relata, amiga y masajista, que vivió muy de cerca todo el proceso mencionado anteriormente y quien, voluntariamente, al ver la enorme frustración que significó para la esposa el no poder engendrar un hijo, se ofreció a gestarlo en su vientre.
De tal modo, mientras la Sra. C. comenzó un tratamiento terapéutico, el matrimonio a través de una fertilización in Vitro logró un embrión, que se implantara luego en el útero

de la Sra. C., resultando embarazada en el primer intento. Fue así que finalmente, el 19 de abril de 2012 nació la niña.
Se detalla, por su parte que la nombrada ya es madre de dos hijos, de 18 y 21 años de edad con quienes conversó acerca de su deseo de ayudar al matrimonio. Asimismo, la misma suscribe la presentación formulada por el matrimonio D G. – M., en prueba de conformidad con el pedido.
Efectúan consideraciones acerca de la maternidad subrogada, ofrecen prueba y entre la documental adjuntan informe de los profesionales que tuvieran a cargo la terapia desarrollada por el matrimonio y la madre gestante, estudio de ADN de la Fundación Favaloro, certificado médico suscripto por el obstetra que asistiera el parto en el IADT, instituto médico donde nació la pequeña, agregado en original a fs. 57.
II. A fs. 38 se adjunta certificado médico suscripto por el médico que tuviera a su cargo la fertilización in Vitro y a fs. 41/43 se agrega la historia clínica de la Sra. C. en cumplimiento de lo requerido por la Sra. fiscal a fs. 34.
A fs. 46/48 obran las declaraciones de los testigos ofrecidos F. M. C. (acta de fs. 46), R. A. P. (acta de fs. 47) y L. A. C. (acta de fs. 48). El primero de ellos señala que conoce a la Sra. C. desde hace 8 años y que en la actualidad es su pareja conviviente. Por dicha razón sabe que si bien la nombrada esta aún unida en matrimonio con el Sr. L. A. C., se encuentra separada de hecho hace varios años. El Sr. también conoce a la Sra. C. hace 8 años, por tener una amiga en común refiriendo que su vínculo actual es como el de un hermano mayor o tío postizo. Sabe que la nombrada se encuentra casada por dichos de aquella pero que no conoce al Sr. C. ya que desde que la conoce vivió primero sola y luego con el Sr. F. Finalmente, en último término, declara el hijo de la Sra. C., que conoce a la Sra. M. M. a través de su madre y sabe que entre ellas se conocen desde hace alrededor de 4 años, calificando la relación de aquellas como de amistad agregando que en virtud de ello todo el tema de B. se fue dando naturalmente. Señala que sus padres están separados desde hace aproximadamente 10 años y que entre sí tienen una relación normal.
Conforme surge del acta de que da cuenta fs. 58 comparece personalmente la Sra. C. R. C. quien manifestó que conoce al matrimonio D. G. — M. desde el año 2005/2006 aproximadamente a raíz de su trabajo como masajista, que por ello sabia de la complicación de la Sra. M. en su embarazo y la imposibilidad posterior. Fue así que primero lo charlaron y luego ella se convenció de gestar por el deseo de la nombrada de ser madre. Que es la primera vez que se somete a un proceso de la naturaleza del presente, que no recibió retribución alguna por parte del matrimonio, más allá de la cobertura médica, que continua realizando tratamiento terapéutico indicando el nombre de la profesional que la asiste Agregó que ella ya tiene dos hijos y que se encuentra separada del padre de aquellos desde el año 2001. Que no inició el proceso de divorcio y que el Sr. L. A. C. no está en conocimiento de la gestación y nacimiento de B. M. Finalmente ratificó el contenido de la presentación inicial de fs. 27/32.
A fs. 54 se expide favorablemente el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fs. 60/61 la Sra. Fiscal y a fs. 65 vta. el Sr. Defensor de Menores, quedando los autos conclusos para definitiva.
III. a) La atribución de la maternidad en el derecho argentino y la inscripción del nacimiento.
Como señala María Victoria Fama, autora que, entre otros, ha estudiado en profundidad las bases del derecho filial en la Argentina, análisis de proyectos de reforma y aportes del derecho comparado (Ver su obra, La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 61) “desde los tiempos más remotos, la determinación de la maternidad ha

encontrado su fundamento en los adagios romanos partus sequitum ventrem (el parto sigue al vientre) y mater semper certa est (la madre siempre es cierta), que importan suponer que la maternidad se acredita por el parto de la mujer o, en otras palabras, que el hecho objetivo del parto (debidamente probado) atribuye ipso iure la maternidad".
Así, como es sabido y conforme surge de las disposiciones del Código Civil en el art. 242 y lo dispuesto en lo pertinente por la ley Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884 ésta es la línea que surge de nuestro ordenamiento legal, por sobre el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación. Así, establece la primera norma citada que "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido".
Al respecto, señala Zannoni que "La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento: demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar más requisitos" (ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, t. II, 4ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 340).
A ello cabe agregar que cuando quien da a luz se encuentra casada, inmediatamente y por imperio de lo prescripto por el siguiente artículo (Art. 243 1er párrafo del C.C) la paternidad del nacido se atribuye al marido de la madre. Estas normas deben complementarse con las disposiciones que emanan de la ley 26.413, en particular, arts. 32 y 33.
b) Las técnicas de Reproducción Humana Asistida y la gestación por sustitución.
Como es sabido, en la Republica Argentina no existe aun regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, la técnica utilizada por los peticionantes para el acceso a la maternidad y paternidad, esto es la maternidad mediante la subrogación de vientre utilizando material genético de la propia pareja.
Así, y sin perjuicio de lo que surge del proyecto de reforma integral al Código Civil que se encuentra a estudio y sobre el que me referiré a continuación, recientemente se ha aprobado en el Congreso Nacional una ley que regula los alcances de la llamada reproducción médicamente asistida. En el artículo segundo del texto aprobado se señala que esta última comprende "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 o embriones" (Conf. art. 2).
En doctrina, las técnicas de RHA, 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— (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora "La reproducción médicamente asistida. Merito, oportunidad y conveniencia de su regulación", LA LEY del 08/08/2011, p. 1) conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. Esto es, una técnica que permite la procreación de un ser humano sin necesidad de previa unión sexual entre un hombre y una mujer (IÑIGO, Delia – LEVY, Lea – WAGMAISTER Adriana M "Reproducción humana asistida". Enciclopedia de derecho de familia, T. III, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 551; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de Familia T. II, Ediar, Buenos Aires, 2006 p. 817, misma autora "La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda

edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 61, SANTAMARÍA SOLÍS, Luis, Técnicas de reproducción asistida. Manual de bioética. Ed. Ariel, Barcelona 2001, p. 377).

En palabras de Herrera, Lamm y Kemelmajer gracias a la utilización de estas técnicas 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 homologa (como es el caso de autos) también y fundamentalmente habilitan paternidades y maternidades inconcebibles años atrás tales como maternidad o paternidad en casos de esterilidad, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad y/o maternidad de los miembros de una pareja homosexual, etc. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto d las técnicas de reproducción humana asistida".Revista de Derecho Privado, Año 1, Nº 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6).

Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homologa) que es el supuesto que se plantea en las presentes actuaciones.

Empero, la circunstancia particular que aquí se ha dado es que el material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica denominada "gestación por sustitución".

La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, por parte de quienes pretenden acceder a la construcción de un vínculo parental (FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación" LA LEY 21/06/2011, 1, LA LEY 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 60 y ss.; FORTUNA, Sebastián Ignacio "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación"; RDF, núm. 57, Abeledo Perrot, 2012; LAMM, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada..." en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 50, Abeledo-Perrot, Julio de 2011, pp. 107, entre muchos otros).

En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional", concepto sobre el que volveremos mas adelante, adelantándose que esto importa, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular principio "Mater certa est" carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido.

En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución" es, básicamente, la atribución de la maternidad

respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados.
Paralelamente, no puede dejar de señalarse que dentro de las variantes que comprende el concepto, puede llegar a involucrar distintos supuestos. Así, siguiendo a la autora citada precedentemente, con profusa cita doctrinaria señala que para algunos, el término supone exclusivamente el caso en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja, conforme el caso de autos y, para otros, comprenderá también aquellos supuestos en que la mujer gestante es inseminada o fecundada con su propio óvulo y el aporte de semen de un hombre casado, asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo a la pareja conformada por el dador del semen y su esposa, renunciando a sus derechos maternos filiales con fines de adopción o, con cita a la Dra. Grosman, la gestación por parte de una mujer de un hijo para terceros con distintas variantes: a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen, o la posibilidad de que se escoja el semen de uno de los varones de la pareja contratante, tratándose de una unión entre varones del mismo sexo (FAMÁ, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LA LEY, 2011-C, 1204; La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 62/63).
IV. Ello establecido, precisado el concepto que involucra la llamada gestación por sustitución, a la par que señaladas las bases que sienta el ordenamiento legal en la actualidad, y aun ponderando el reciente dictado de la ley sobre técnicas de reproducción médicamente asistida, lo cierto es que, en principio y como se vio, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa general de fondo.
Así, y de acuerdo con una interpretación literal del texto del art. 242, Código Civil., es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada. Frente a ello vemos que eso es lo que hubiere correspondido, en principio hacer por parte de las autoridades del nosocomio donde ha sido dado a luz la niña de conformidad con el régimen que emana de la ley 24.540.
En este sentido, no puede dejar de observarse que el certificado de nacimiento acompañado ha sido redactado en forma incompleta, restando cubrir los campos referidos al nacido. Del mismo empero surge el nacimiento de una criatura de sexo femenino el 19 de abril de 2012, dada a luz por C. R. C.
Así, no debe soslayarse que según las disposiciones de la ley citada todo niño nacido vivo o muerto, y su madre, deben ser identificados cuando el nacimiento ocurriere en un establecimiento médico asistencial, como en el caso.
Ello así, cierto es que en el caso correspondía a todo evento inscribir a la niña debida y legalmente y en su caso, los peticionarios acudir a las herramientas que brinda el ordenamiento actual a efectos de lograr el emplazamiento que ahora se pretende.
Ahora bien, pese a lo expuesto, no habrá de rechazarse la petición por la existencia de esta cuestión formal, no menor por cierto, ya que entiendo que no reporta beneficio a ninguno de los interesados.
Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio D. G. M. así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia

genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica tal como indica la Sra. Fiscal en su dictamen favorable. En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aun cuando no se conoce si el proyecto pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada.
En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera. Siguiendo nuevamente a la autora citada, quien ha estudiado profundamente las bases del derecho filial argentino, ha de señalarse que este concepto fue esbozado en sus inicios por Díaz de Guijarro, quien sostenía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual; b) la voluntad procreacional; y c) la responsabilidad procreacional. Respecto de la segunda, entendida esta como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo. Como consecuencia de aquella, la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que ésta produce, de modo que si la unión sexual —con voluntad procreacional o sin ella— genera la fecundación, nace la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer (DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, JA 1965-III-21, cit. por FAMA, María Victoria, La filiación...., cit. p. 74).
(GIL DOMÍNGUEZ, HERRERA, FAMA, “Derecho Constitucional de Familia”, T. II, Ediar, 2006, p. 833 y stes, KRASNOW, Adriana, “La verdad biológica y la voluntad procreacional”, LA LEY, 2003-F, 1150, KEMELMAJER DE CARDUCCI, Aida, HERRERA Marisa, LAMM Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, LA LEY, 20/09/2010, entre otros).
Estas nuevas formas de concebir la familia requieren sean reconocidos sus derechos filiatorios. Así se expuso con claridad “la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la “socioafectividad; y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico” (FORTUNA, Sebastián Ignacio, “Comentarios a la normativa proyecta...” op. cit.).
Por su parte, recientes y resonados fallos, aunque con distintos matices, han puesto de relieve esta cuestión dando cuenta, por lo demás, que, aun sin contar con una ley que admita el instituto, se han registrado casos o, en su defecto, se ha requerido la inscripción en este país, de nacimientos acontecidos en el exterior en los que se hubiera utilizado esta técnica. Ello da la pauta que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada merece una respuesta, en este caso, de la jurisprudencia en ausencia de ley que la legisle y contemplando, sin dudas, la inexistencia de ley que la prohíba.
Así, el 14 de abril de 2010, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychu, Entre Ríos, en autos “B.M.A c. F.C.C.R” resolvió, en el marco de una acción de impugnación de la maternidad y sin expedirse sobre el fondo (en el supuesto, planteada por la madre aportante del material genético contra la gestante, que había dado a luz al niño) que se de curso a la acción aun cuando no se dieren en estrictez los presupuestos del art. 262 del C.C. en tanto, en el supuesto se daba el caso

que aprehende el art. 261 en el sentido que no se trataba la gestante del hijo que pasaba por suyo (La Ley on line, AR/JUR/75333/2010).
Más recientemente, el 22 de marzo de 2012, en el marco de dos supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero por matrimonios del mismo sexo (Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D. C. G. y G. A. M. c. GCBA, s/amparo; ídem autos "G., B. F. D y M. D. C. c. GCBA s/amparo) que sobre la base de la llamada voluntad procreacional, así como también, teniendo fundamentalmente en cuenta el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares se resolvió ordenar la inscripción del nacimiento de los niños, estableciendo en dicho momento la co-paternidad de ambos padres conforme lo establece la Resolución 38/12.
Estas cuestiones han sido recogidas por el proyecto de reforma al Código Civil que, si bien no ha sido sancionado, brinda sin dudas bases y parámetros a tomar en cuenta para adoptar una decisión.
En efecto, el art. 562 del proyecto regula la figura de la gestación por sustitución y señala en lo pertinente que "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". A su turno, más adelante, señala entre otros recaudos que al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos; que el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; que la gestante no ha aportado sus gametos, que la gestante no ha recibido retribución así como tampoco se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; y, finalmente, que esta ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
La norma, es verdad, requiere de autorización judicial previa y, en ausencia de la misma prevé que la filiación se rija por la reglas de la filiación por naturaleza. Empero, en ausencia de disposición legal —como se vio— debe ponderarse que conforme surge de la presentación inicial así como también de la audiencia que se llevara a cabo por la gestante ante la suscripta conforme el acta de que da cuenta fs. 58, se dan en el caso muchos de los supuestos que aprehende la norma proyectada.
En tales condiciones es que resulta procedente acceder a la demanda entablada en tanto, si se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN agregado a fs. 18/23, en base sin duda al principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica, y demás consideraciones formuladas en el presente decisorio, sin que obste a ello, la circunstancia que la gestante estuviere casada y separada de hecho en tanto y en cuanto, ello debe relativizarse frente a lo señalado en el decisorio, a lo dispuesto por el art. 243 segunda parte del Código Civil y, en particular, en el presente considerando.
Por su lado, adhiriendo a lo peticionado por la Sra. Fiscal en su meduloso dictamen entiendo que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional.
Para finalizar, entiendo que ello es lo que mas responde al interés superior de la nacida en tanto, este principio ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño (que a partir de la reforma a nuestra Carta Magna de 1994 goza de jerarquía constitucional, conf. art. 75 inc. 22, CN, y la ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes".
En efecto, la citada Convención obliga a los Estados parte a 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 condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño (conf. art. 3, Convención citada).
Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 lo define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho (inc. a), su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c), y su centro de vida o lugar donde hubiera transcurrido la mayor parte de su existencia (inc. f).
La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, indicó que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia (...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".
Cecilia Grosman señaló que representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo de allí que resultará de su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 1993-B, 1095).
Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.) (Conf. KEMELMAJER DE CARDUCCI, HERRERA, Marisa, LAMM Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución" LA LEY, 10/09/2012, p. 1).
Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la Representante del Ministerio fiscal a fs. 60/61, postura a la que adhiere el Sr. Defensor de Menores a fs. 65vta. y conformidad de la Dirección del registro Civil a fs. 54, consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias expuestas y en particular arts. 27 inc. b), 31 inc. c), 37 y 78 de la ley 26.413; resuelvo: Acceder a la demanda. Proceder a la Inscripción del nacimiento de la niña B. M. D. G. M., nacida el 19 de abril de 2012 en el Instituto Argentino del Diagnóstico, en esta Ciudad de Buenos Aires, como hija de J. L. D. G. y M. S. M. A tales efectos, líbrese oficio al Registro del estado civil cumpliendo los recaudos señalados a fs. 54. Notifíquese a los Ministerios Públicos en sus despachos. Oportunamente, archívese. — *María Bacigalupo de Girard.*