Voces: ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA ~ CLAUSULA ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHO A LA LIBERTAD ~ FILIACION ~ GENETICA ~ IDENTIFICACION DEL RECIEN NACIDO ~ LEY DE ORDEN PUBLICO ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ NULIDAD ~ NULIDAD DEL CONTRATO ~ ORDEN PUBLICO ~ RECIEN NACIDO ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Tribunal: Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza(JFamiliaMendoza)(Nro1)
Fecha: 29/07/2015
Partes: A. C. G. y otro s/ Medida autosatisfactiva
Publicado en: La Ley Online;
Cita Online: AR/JUR/28597/2015

Hechos:

Un Juzgado de Familia de Mendoza, luego de declarar la nulidad de cláusulas de un acuerdo de maternidad subrogada, admitió una acción declarativa de certeza deducida por los padres biológicos y la mujer gestante y declaró que la filiación correspondía a los primeros. Asimismo, ordenó la inscripción correspondiente en el Registro Civil e impuso la obligación a aquellos de informar a su hijo respecto de su origen gestacional.

Sumarios:

1. La acción declarativa de certeza deducida en un caso de maternidad subrogada por los padres biológicos y la mujer gestante destinada a que se determine la verdadera filiación del recién nacido debe admitirse y, en consecuencia, declarar que la filiación corresponde a los primeros, ello teniendo en cuenta la voluntad procreacional de la pareja como así también la correspondencia genética que, en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, eso es la correspondencia de la identidad biológica, máxime cuando en la técnica utilizada se respetaron las bases que se sientan en el nuevo Código Civil y Comercial, el cual opera como una pauta a favor de la petición formulada.
2. Las cláusulas de un convenio de gestación por sustitución que detallan una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante referidas a la filiación del niño, a los derechos sucesorios de ella y al hecho de no interrumpir el embarazo son nulas de nulidad absoluta, pues mientras las dos primeras regulan cuestiones de orden público, las que son inexpugnables a la voluntad de las partes, la segunda afecta la libertad de las acciones de la portadora y, por ello, violenta el art. 953 del Código Civil —art. 334, Código Civil y Comercial—.
3. La acción declarativa de certeza es el camino adecuado para que los padres biológicos y la mujer gestante en un caso de maternidad subrogada, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presenten ante la justicia para que se determine la verdadera filiación de un niño recién nacido, quien fue gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida, pues, ante la ausencia de legislación de la maternidad por sustitución en el Código Civil y en el nuevo Código Civil y Comercial, requieren aquellos una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

Texto Completo: 1ª Instancia.- Mendoza, julio 29 de 2015.

Resulta: 1. Que a fs. 50/67 se presenta el Dr. J. P. R. P., en representación de los Sres. A.V.O., A.C.G. Y J.J.F., acompañando las respectivas ratificaciones (fs. 68/70) e incoando acción declarativa de filiación como medida autosatisfactiva, a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido (J.C.) mediante una técnica de reproducción asistida, con sus padres genéticos.

Solicitan que, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño J.C. y su DNI como hijo de A.C.G. y J.J.F. y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

Relatan que la Sra. A.V.O., una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos.

© Thomson La Ley

Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de J. J. F. y A. C. G., que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos.

Que la Sra. G. ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos. De esta manera, la Sra. O., conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita.

Ambas partes concurrieron al Instituto de Reproducción Asistida "Tersoglio", en nuestra ciudad, a fin de iniciar el procedimiento.

La Sra. O. se sometió a numerosos estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso, en la función de mujer gestante. Además, se inscribió en la OSDE a fin de contar con cobertura médica tanto durante la realización de la técnica, como durante el embarazo y con posterioridad al parto.

Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

Detallan el procedimiento al que se sometieron: fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. G. y espermatozoides del Sr. F., y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. O., habiendo anidado sólo uno de tales embriones, el que gestaría esta última.

La evolución del embarazo de la Sra. O. fue controlada en forma permanente en el Instituto Tersoglio en las primeras semanas y luego derivada al médico obstetra: Dr. L. J. Luego la Sra. O. decide cambiar de médico, comenzándose a atender con el Dr. F. d. G., quien controló el embarazo hasta el parto.

Asimismo, fue atendida durante el embarazo por una psicóloga, Licenciada Karen Gallardo, quien la acompañó y la contuvo psicológicamente durante el proceso.

Ambas partes se comunicaron regularmente durante el embarazo, teniendo siempre presente la Sra. O. que el bebé que gestaba era para la Sra. G. y el Sr. F.

Que la Sra. O. nunca tuvo intención de procrear un hijo propio, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, por lo que su voluntad fue gestar un bebé para una pareja.

Que el 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el bebé al que pusieron el nombre de J.C. El niño fue recibido en la sala de partos por la Sra. G., ("madre genética y procreacional") ya que todos los médicos intervinientes estaban al tanto de la situación, y participaron con alegría y emoción del primer caso de gestación por sustitución en el hospital.

Que el médico extendió el certificado de nacido vivo de J.C. a nombre de quien dio a luz (A. O.) y el día 12 de enero la Sra. O. y el niño fueron dados de alta.

Al día siguiente la Sra. O. se presentó ante el Juzgado, por solicitud de la Asesora de Menores, pero se decidió suspender la audiencia.

El 14 de enero la Sra. O. se presenta espontáneamente a solicitar el reconocimiento de filiación del recién nacido, en la justicia de Familia. Ante la urgencia y premura del caso, deciden de común acuerdo desistir de la presentación realizada en Autos N° 133/15 del Séptimo Juzgado de Familia y 371/15 del Primer Juzgado e interponer la presente medida de manera independiente a las actuaciones señaladas.

En cuanto a la inscripción del nacimiento de J.C., denuncia que tienen turno en el Registro Civil de Godoy Cruz, para el día 11 de febrero a fin de comparecer personalmente la Sra. O. y el niño.

Asimismo, informa que han obtenido turno para el 30 de enero para la toma de muestras a fin de efectuar el examen de ADN entre las partes y el menor.

Analiza los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva peticionada, funda en derecho y ofrece prueba.

© Thomson La Ley

2. Que a fs. 71 se imprime el trámite previsto en el art. 76 bis de la Ley 6354 -medida autosatisfactiva- como acción declarativa para determinar la filiación del niño recién nacido, y se ordena correr vista a la Asesora de Menores.

3. A fs. 72 la Dra. N. F., titular de la Primera Asesoría de Menores e Incapaces toma la intervención que por ley le corresponde respecto del niño J.C., ofrece prueba (estudio de ADN y evaluación a las partes por intermedio del E.I.A.) y pide que se acompañe la partida de nacimiento del niño.

4. A fs. 79 el Dr. R. por la Sra. O. -acompañando ratificación- informa que los resultados del estudio de ADN estarían listos a partir del 23 de febrero del corriente y que serán presentados en el expediente.

Manifiesta que atento a que el caso ha tomado relevancia pública, tuvo que aclarar ante la prensa los hechos falsos publicados, en defensa de sus mandantes y de su propia tarea, sin pretender obstruir la actuación de la justicia.

Solicita que, como medida de no innovar, se le ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor, hasta tanto se resuelvan las presentes actuaciones.

5. A fs. 82/84, corrida urgente nueva vista al Ministerio Pupilar, la Asesora, Dra. N. F. manifiesta que asume la representación directa del menor, fundado en que el niño continúa indocumentado, sin representantes legales y aún es incierta su identidad.

Además, plantea la nulidad del contrato firmado por las partes, solicitando se corra vista al Ministerio Fiscal.

Por último, pide se rechace la medida de no innovar planteada por la actora y se la emplace a acompañar la partida de nacimiento del niño.

6. Que a fs. 85/91 los actores acompañan el resultado de la pericia de ADN, historia clínica y solicitan se fije audiencia de las partes ante el suscripto.

7. A fs. 94 se dispone la remisión a la Asesora Subrogante -a fin de asumir la representación promiscua del niño, en virtud de la presentación de fs. 82/84-, correr vista al Ministerio Fiscal, poner a disposición de las partes la pericia de ADN, y oficiar al Registro Civil correspondiente a fin de informar si se ha inscripto el nacimiento del menor. Asimismo, se fija audiencia para el 9 de marzo con todas las partes y se dispone que a la demás prueba ofrecida, se producirá oportunamente y en caso de resultar necesario.

8. Que a fs. 95/98 la Asesora de Menores amplía el pedido de informe ordenado al Registro Civil y plantea incidente de nulidad contra el decreto de fs. 94, último párrafo.

9. Que a fs. 99/101 la titular de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 2 declina la intervención ordenada a fs. 94.

10. Que a fs. 102 se tiene por declinada la participación de la 2° Asesoría y se ordena correr vista a los actores de la nulidad del contrato articulada por la Asesora de la 1° Asesoría a fs. 82 vta.

11. Que a fs. 103/104 se resuelve el rechazo del incidente de nulidad planteado

a fs. 95/97 por la titular de la Primera Asesoría de Menores.

12. A fs. 105/107 se celebra la audiencia fijada ante el suscripto con la Sra. O. y el matrimonio G.F., en presencia de la Asesora y patrocinados por el Dr. J. P. R.

A fs. 108 los comparecientes expresan que autorizan al Juzgado a difundir la sentencia en los medios de comunicación, omitiendo el nombre de las partes y del niño.

13. A fs. 109 se ordena urgente pericia del CAI - Salud Mental a practicar a la pareja G.F., informe que es agregado a fs. 110.

14. Que a fs. 114/119 el Dr. R., por los actores, contesta la vista conferida a fs. 102.

15. Que a fs. 125 corre agregado dictamen del Ministerio Fiscal, quien se expide respecto de la pretensión de

© Thomson La Ley

fondo y a fs. 129/130 de la nulidad del convenio articulada por la Sra. Asesora.

16. Finalmente a fs. 132/136 dictamina la Sra. Asesora respecto de la medida autosatisfactiva solicitada y de la nulidad por ella articulada, pasando estas actuaciones para resolver, y considerando:

Que en autos se ha articulado una acción declarativa de certeza, tendiente a determinar la filiación de un niño recién nacido, por una técnica de reproducción humana asistida, para su correcta inscripción en el Registro Civil; todo ello a través del procedimiento previsto en el art. 76 bis de la Ley 6354, es decir como medida autosatisfactiva.

Asimismo, la Sra. Asesora articuló la nulidad del convenio suscripto por las partes. Por ello, se analizarán ambas pretensiones por separado.

1. La acción declarativa de certeza:

Un primer encuadre procesal de la acción no los da el art. 3 del C.P.C. el que expresa: “El poder Judicial interviene, aún sin la existencia de lesión actual, para declarar la norma concreta aplicable en el caso planteado, siempre que el peticionante ostente un interés legitimo”.

La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado.

Ha dicho la Jurisprudencia Nacional que la acción meramente declarativa se caracteriza por funcionar acorde a su naturaleza esencialmente preventiva, y deben darse en el caso los recaudos para su viabilidad. Esto es que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen jurídico federal; que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión (LA LEY 1996-E, 124).

Así las cosas, entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para peticionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y habiendo utilizado la subrogación de un vientre.

Y es que ni en el actual Cód. Civil, conforme texto de la Ley 26.264 ni en el nuevo Cód. Civil y Comercial -t.o. Ley 26.994-, resulta que la figura jurídica de la maternidad por sustitución o maternidad subrogada está legislada, requiriendo entonces los peticionante de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

2. La medida autosatisfactiva:

Frente a situaciones de la naturaleza y las características de la medida solicitada, se da la situación de tratamiento moderno en la doctrina, en la que se justifica prescindir, al menos provisoriamente y máxime en este caso, de la bilateralidad, para garantizar la oportunidad, que en el caso implica el ejercicio efectivo de un derecho.

Las medidas autosatisfactivas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución en aquellos casos en que los justiciables necesitan de una tutela actual ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, a fin de no sufrir un perjuicio irreparable, ya sea previniendo un daño o reparando una situación violatoria de un derecho invocado, siendo ineficaz otro vía procesal. Tiene que ver con el criterio de oportunidad.

La necesidad de otorgar herramientas procesales que satisfaga la necesidad de una pacífica convivencia social, hace que se imponga la necesidad de que todo conflicto tenga una adecuada y oportuna resolución. En aquellas situaciones en que el elemento temporal es tan predominante que, de no hallarse la solución oportunamente, el objeto procesal se agota por el acaecimiento del daño o la consumación irreparable de actos u omisiones que se propone prevenir. Se trata de evitar situaciones que tornen insuficientes, inoportunas y devengan en abstractas.

© Thomson La Ley

Esto justifica y legitima dejar de lado la secuencia lógica del proceso ordinario.

En el caso de marras, la medida posee carácter definitivo, por lo que el procedimiento común no se justifica y de no poder evitarse tornaría, ineficaz el derecho del niño a su verdadera filiación y posterior identificación en el Registro Civil. En la legislación procesal de Mendoza se encuentra receptada esta vía en el art. 76 bis de la Ley 6354.

Finalmente, corresponde considerar que siendo el Derecho Procesal un instrumento para poner en acción el Derecho de Fondo, se trata de un derecho instrumental, adjetivo, de forma, en fin, un derecho cuyo contenido se dirige a hacer efectivo el contenido de otro derecho. En nuestro caso el resguardo de las formas procesales irían en desmedro de otros intereses tan o más importantes como, por ejemplo, lograr una sentencia efectiva y oportuna, es decir que sea dictada en tiempo tal que logre cumplir con el fin que se propone.

Así, entonces, se concluye en que es necesario y justo salirse de lo estrictamente procesal para asegurarnos de no estar cometiendo un daño mayor so pretexto de efectuar un análisis del caso a la luz del Derecho Procesal y nada más.

Por otro lado, el nuevo Derecho de Familia, posiciona al juez como sujeto con potestades exorbitantes dentro del proceso, manifestándose, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones, que van desde la esfera del comando, gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria. (conf. Díaz, C.A., “Instituciones de Derecho Procesal”, 1968, vol. I, p. 234).

De acuerdo con la doctrina especializada en Derecho de Familia el Juez con competencia en estos asuntos se distingue por su activismo y acompañamiento, actuando en este modelo aún no definitivamente contorneado, y asume una misión de apoyo y colaboración con las partes, particularmente las más débiles, a través del consejo y auxilio técnico, sin que su cometido sea óbice al principio de neutralidad del juez, ni el de preclusión que en su expresión más extrema cede paso a la pauta más rendidora de la flexibilización de las postulaciones de las partes en la etapa constitutiva del proceso (conf. Colessanti, V. “II Proceso di cognizione nella riforma del 1990”, 1993, p. 20 y ss.).

El conflicto familiar exige una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos. No se trata de prescindir de la ley sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia las razones de conciencia y de convencimiento personal del juez (conf. Mosset Iturraspe, J., “El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez”, LA LEY 17/02/1998). Una suerte de justicia “mixta” de equidad y ley, que nunca defraudará las aspiraciones de la ley -expresaba Couture- si el magistrado coloque por encima del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera.

3. La acción de nulidad del convenio:

Resulta que a poco de andar en el presente proceso, la Sra. Asesora a fs. 82 vta./83 pto. II articula la pretensión de nulidad del convenio celebrado entre los presentantes conforme el art. 1047 del C.C.. Frente a ello las mismas respondieron a fs. 114/119 y el Ministerio Fiscal a fs. ....

A tenor de la pretensión esgrimida por la Sra. Asesora y de su encuadre en derecho, resulta evidente que requiere la nulidad absoluta del contrato acompañado por los presentantes a los términos y efectos del art. 1047 del actual Cód. Civil.

En efecto, conforme el texto de la norma citada, resulta legitimada para plantear la nulidad absoluta todos los que tengan interés en hacerlo.

Entonces cabe analizar la legitimación del Ministerio Público Pupilar para articular una pretensión distinta a la de los presentantes.

La legitimación se funda en lo dispuesto por el art. 59 del C.C., 56 de la Ley 6354 y arts. 25, y 54 la Ley

© Thomson La Ley

24.946.

El Ministerio Pupilar tiene ejerce un doble rol: de representación y asistencia/contralor conforme el art. 59 del Cód. Civil, imbuido por el orden público y por el principio de legalidad, debe intervenir como parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que las personas menores de edad o declaradas incapaces demanden o sean demandadas, cuando se trate de sus bienes.

En principio la representación de este Ministerio es complementaria a la representación legal del niño, ya sea ejercida por sus padres o tutores. Pero como ha explicado Highton de Nolasco si bien la función del Asesor es de complemento de la del representante legal, cuando advierte que la defensa de los intereses se ha hecho en forma insuficiente o no se ha ejercido puede actuar supletoriamente en el mismo carácter de representante directo con el objetivo de evitar la frustración de los derechos del representado (Highton de Nolasco, Elena "Funciones del Asesor de Menores, Alcance de la Asistencia y contralor". LA LEY 1978-B, 904).

Por la tanto la posibilidad de entablar acciones legales pertinentes para obtener hacer efectivo el mejor interés del niño es posible.

Todo ello conforme también con lo normado por el art. 54 inc. c) de la Ley 24.946 que le otorga la facultad "para promover e intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de menores incapaces o inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de representante legales, asistentes o personas que los tuvieran a su cargo o hubiese que controlar la persona de estos últimos".

También se ha dicho: "Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de Cámara que confirmó el rechazo "in limine" de la demanda de impugnación de paternidad matrimonial y de reclamación de filiación promovida por el Ministerio Público de la Defensa de los Menores en representación de un niño, toda vez que de ese modo ha prescindido del alcance de las facultades que le competen al mismo tras la sanción de la Ley 24.946 y de la articulación de estas funciones con los principios consagrados con la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, LVIII-A, 101; L-D, 3693). Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) Fecha: 13/02/2001, Partes: M., S. M. c. M., M. A. y otros; LL 2001-E, 122 - DJ 2001-2, 1174).

Aclarada la legitimación del Ministerio Público Pupilar para articular la nulidad absoluta del convenio, ahora analizaré el pedio.

Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional.

En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación.

Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos producidas por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último.

Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación.

Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación.

También entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica; es así que la Ley 26.862 regula el acceso a las denominadas TRHA en lo que hace a la cobertura médico social.

Las legislaciones modernas incluso prevén que el certificado de nacimiento del niño sea emitido directamente a nombre de los comitentes mencionados en el contrato, sin necesidad de un trámite posterior, y así estaba previsto en el frustrado texto del art. 562 del proyecto de CC y C.

Advierto que se acepta todo tipo de método de fertilización asistida en los casos de infertilidad masculina, pero en el caso de infertilidad femenina se le negaría el mismo derecho.

La regulación legal de la TRHA y de la maternidad subrogada permite a todas las personas intervinientes (padres, mujer portadora/gestante, donantes de óvulos o espermatozoides, etc.) elegir libremente.

La dación de vida debe privilegiarse por sobre todo otro miramiento ético. Resulta difícil la interacción en una sociedad que exalta la maternidad y paternidad como valores, pero rechaza u obstaculiza los medios científicos para lograrla cuando ella no se obtiene naturalmente.

No veo perjuicio para ninguno de los involucrados ni para el niño. Dejemos de ser hipócritas, hace muchos años que nacen en el exterior niños que son hijos de padres argentinos, utilizando métodos científicos y legales fácilmente utilizables en nuestro suelo (numerosos sitios de internet que asesoran a argentinos).

Pero resulta que no existe ningún inconveniente para inscribir a un hijo nacido en el extranjero como propio en nuestro país, aún concebido a través de un procedimiento de maternidad subrogada en el exterior. La paternidad surge de la partida de nacimiento que lo acredita y que el derecho argentino reputa válida sin necesidad de prueba corroborante del derecho extranjero.

En caso de que la maternidad subrogada estuviera expresamente prohibida en Argentina no se podría alegar fraude la ley por el hecho de que personas residentes en el país viajen a exterior para realizar un procedimiento de maternidad subrogada.

Evidentemente en nuestro país no existen todavía normas específicas sobre maternidad subrogada, aunque ni a la luz de la legislación actual ni de la que es inminente su entrada en vigencia, está prohibida.

Desde otra óptica, en cuanto al instituto en cuestión y la pretendida nulidad del contrato, hay posturas que entienden que en la maternidad por sustitución existe un acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que la madre sustituta “da” su útero para que en él sea implantado un embrión.

Este acto no puede nunca ser calificado como contrato, por cuanto el cuerpo humano está fuera del comercio.

En consecuencia, el acto extrapatrimonial que importa la “dación” del útero, debe ser encuadrado dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, en los cuales -por regla general- el consentimiento del sujeto priva de ilicitud al acto, siempre que con ese acto no se vulnere la ley o la moral”.

Entonces, debemos determinar si ese acto de disposición del propio cuerpo es conforme o contrario a la moral.

Algunos autores sostienen que lo inmoral sería pagar por la utilización del útero de una mujer. Otros piensan que en este tipo de actos hay una distorsión deshumanizadora de la maternidad, y que por ello resulta contraria a la moral. (Julio César Rivera, “Instituciones de Derecho Civil parte general”, Tomo I, Pág. 361, Ed. Abeledo Perrot).

En nuestro país, no existe una regulación específica, por lo que podrían plantearse acuerdos en orden a la maternidad por subrogación. Considera el autor citado que estos actos son nulos por violar la regla moral del artículo 953 C.C.

En este orden de ideas corresponde entonces analizar qué puede ser objeto de los actos jurídicos y qué no.

a) Hechos y bienes: El artículo 953 se refiere a los hechos y cosas como posibles objeto de los actos jurídicos. La referencia a las cosas debe ser suplida por la mención de los bienes, concepto más amplio y que responde por ende con más precisión a la idea de que se trata, pues no existe ninguna duda de que las cosas y los bienes en sentido estricto -como derechos- pueden ser materia del negocio jurídico.

b) La persona: Algunos autores consideran que la persona puede ser objeto del negocio jurídico; sean las personas ajenas, como en el derecho de familia, cuanto la persona propia atendiendo a ciertas manifestaciones

© Thomson La Ley

suyas (derechos personalísimos) (Cifuentes).

Aunque en los denominados actos jurídicos familiares, la persona actúa como sujeto y el objeto estará dado por las relaciones jurídicas que se crean, modifican o extinguen. Una cuestión delicada se plantea en los denominados “actos de disposición del propio cuerpo”. En general, se trate de partes renovables o no, el objeto no es la persona, sino la parte del cuerpo de que se trate (cabello, leche materna, riñón) que una vez separados del cuerpo son cosas o bienes jurídicos extrapatrimoniales según las distintas tesis.

En síntesis, la persona no es objeto del negocio jurídico. El artículo 953 dispone que: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

La persona no es objeto del negocio jurídico ni aún en estos casos (disposición de partes renovables y no renovables del cuerpo humano).

Como regla general, los denominados “actos de disposición sobre el propio cuerpo” son por regla general gratuitos y el consentimiento debe ser prestado por sujeto capaz, no puede ser suplido y ha de encontrarse dentro de los límites establecidos por la ley y la moral y las buenas costumbres. De allí que no sea válido el acto por el cual una persona pretende dar un riñón suyo a una persona con la cual no la une ningún vínculo de parentesco.

Habiendo analizado el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes, en especial la cláusula de fs. 9 en los acápites IV y B ha quedado claro la voluntad procreacional de los comitentes y a fs. 9/10 pto. A. también ha quedado claro que lo que la mujer gestante ofrece es su capacidad gestacional; es decir, entiendo que no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenio: la gestación de un ser humano.

Que a mi criterio ello no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley.

En razón de ello, entiendo que en este aspecto no corresponde disponer la nulidad del convenio.

Pero analizando la pretensión articulada por la Sra. Asesora a fs. 82vta./83, de su memorial no existe especificación de las razones o los motivos por las que se pide la nulidad absoluta del todo el convenio, sino que por el contrario su exposición es vaga, imprecisa e insuficiente para fulminar de nulidad absoluta el acuerdo; por lo que por esa razón no se atenderá lo pedido.

A más de lo dicho, atento al tiempo transcurrido habiéndose producido el nacimiento y la existencia de esta pretensión en los términos propuesto, advierto que la nulidad ha devenido en abstracto.

Ahora bien, no obstante todo lo antes dicho analizaré otros aspectos u otras cláusulas del convenio.

Es que hay cláusulas en los que la mujer gestante se obliga a realizar o a asumir determinadas conductas; todo ello a la luz del art. 953 en concordancia con el actual art. 531, ambos del actual C.C. (cf. art. 344, CC y C -t.o. Ley 26.994-).

Esa norma dispone que son prohibidas las condiciones siguientes: “habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión; casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporal- mente; o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente”. Es decir, se trata de un enunciado -no taxativo- de conductas o de obligaciones de hacer o de no hacer que afectan la libertad de las personas, por lo que entiendo sí deben ser declaradas nulas de nulidad absoluta por afectar el art. 953 del C.C. en concordancia con el art. 14 de la C.N.

Así las cosas en la cláusula VI apartado B. se detallan una serie de obligaciones a cargo de la mujer gestante que a mi criterio participan de las fallas precedentemente descriptas, como así también en cuanto a los apartados C.1. referido a la filiación del niño y el apartado C.3.referido a los derechos sucesorios de la gestante (ver fs.

9/10); en tanto que ambas normativas son de orden público y por lo tanto inexpugnable a la voluntad de las partes en términos contractuales que violentan el actual art. 845 y 848 del C.C.; finalmente la cláusula X en el mismo sentido impone a la mujer gestante la obligación de no interrumpir el embarazo, ello así afecta la libertad de las acciones de la portadora (fs. 11) y por ello violenta el actual art. 953 del C.C..

En tal sentido, sí se dispondrá la nulidad absoluta de las disposiciones pactadas en la Cláusula VI, Acápites B, C1 y C3 y Cláusula X.

En este aspecto el dictamen del Ministerio Fiscal de fs. ... se manifiesta porque dado las circunstancias del caso, la nulidad ha pedido interés.

4. La maternidad por subrogación:

Siguiendo la doctrina del fallo del Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N° 86, de fecha: 18/06/2013, caratulados "N. N. O D G M B M s/ inscripción de nacimiento" se hace necesario discernir respecto de los siguientes temas:

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 aún vigente Cód. Civil en el art. 242 y lo dispuesto en lo pertinente por la Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la Ley 24.884 esta 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 República 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 de Código Civil y Comercial -t.o. Ley 26.994- sobre el que me referiré a continuación, 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"

© Thomson La Ley

(Conf. art. 2).

En doctrina, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), han sido definidas como el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el esperma- (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, Famá, 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, N° 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 Cód. 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 más 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).

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, Cód. Civil actual, 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, en este caso J.C., de conformidad con el régimen que emana de la Ley 24.540.

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 al niño 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 de la pareja así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética del nacido con la pareja 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 y la Sra. Asesora en sus respectivos dictámenes favorables.

En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en nuevo Cód. Civil y Comercial que de algún modo, 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 TRHA, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

c) La voluntad procreacional:

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 Famá, María Victoria, La filiación...., cit. p. 74).

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

El desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida ha producido una verdadera revolución en el campo de la filiación, poniendo en crisis principios que hasta no hace mucho eran inamovibles. En este marco de mayor incertidumbre, Malaurie afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva ("verdadero padre es el que ama"); la biológica ("los lazos sagrados"); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual ("para ser padre o madre es necesario quererlo"); la del tiempo ("cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo"). Conforme lo exponen varios referentes del Derecho brasilero, se estaría ante una filiación "socioafectiva", en la que el elemento volitivo observaría un espacio de mayor envergadura que el componente genético. Precisamente, esta superioridad de una frente a la otra se hace visible en el campo de la reproducción humana asistida.

Por fuera del ámbito jurídico, la reconocida antropóloga francesa Françoise Héritier puso de resalto que "la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de

antigüedad. Los niños ya no son necesariamente concebidos en el o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico". Además, cabe tener en cuenta que en el marco del Código de Vélez, por más importancia que quería dársele, la verdad biológica (comprensiva de la genética) nunca fue absoluta. Por muchos años, bajo la invocación de proteger la familia legítima, el Derecho prohibió en numerosas ocasiones la investigación de la verdad biológica (por ej., la antigua prohibición de investigación de la maternidad de mujer casada, o el mantenimiento del vínculo filial en cabeza del marido si existe posesión de estado de hijo legítimo, o el establecimiento de un plazo de caducidad a la acción del marido, quien, vencidos los plazos fijados por la ley, no podrá operar el desplazamiento y tendrá por hijo y heredero a una persona que no es su hijo genético). Como se puede advertir, la verdad biológica sufre de cierta relatividad.

Si a esto se le suma la aparición de las TRHA que resaltan la importancia del elemento volitivo por sobre el biológico o genético, que a su vez distingue, se debe concluir que esta verdad está en crisis, y esto en gran parte se debe a los cambios provocados por el uso de estas técnicas.

Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la reproducción humana asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es que se habla de una "desbiologización de la paternidad", focalizándose en la "parentalidad voluntaria" como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Claramente, al permitir la reproducción sin la necesidad del acto sexual, las técnicas de reproducción humana asistida representan un paso más en la disociación de la sexualidad y la reproducción, introducida ya por los métodos anticonceptivos, mediante los cuales las relaciones sexuales son posibles sin fines reproductivos. Una de las consecuencias de la reproducción sin sexo es la distinción entre paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética; también permite ir incorporando conceptos neutros, como filiación voluntaria, filiación biológica y filiación genética. En realidad, no es algo nuevo; ya existía en los procesos de adopción y también en las segundas nupcias de viudos/as con hijos o nuevas uniones por parte de personas separadas/divorciadas con hijos. Sin embargo, mientras en los casos de adopción y segundas nupcias, sobre todo de viudos y viudas, los padres voluntarios o sociales sustituyen a los biológicos, en los casos de reproducción humana asistida no hay sustitución; las personas que participan en el proceso pertenecen a categorías diferentes: quienes inician el proceso porque desean y quieren ser padres (los padres voluntarios y legales), los donantes de esperma o de óvulos (aportantes de material genético), la mujer que recibe el óvulo fecundado (madre biológica); además, se presentan diferentes posibilidades de combinación, por ejemplo, la madre biológica puede coincidir con la madre voluntaria pero no con quien aportó el material genético; la madre genética puede coincidir con la voluntaria pero no con la biológica, etcétera. Todos los participantes en el proceso están presentes y han de ser identificados para su ubicación social en el nuevo universo relacional generado, pero no todos ellos generarán un vínculo filial con el niño que nace del uso de las técnicas.

De esta manera, desde la procreación asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.

Verdad genética: según ésta, el elemento determinante en la paternidad y/o maternidad es el genético. Es un puro reduccionismo genetista. Para esta verdad, lo relevante es haber aportado el material genético.

Verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido. En la procreación por medios naturales, el vínculo biológico respecto de la mujer implica haber aportado la gestación, mientras que respecto del hombre el vínculo biológico se presenta con aquel que fecundó a la mujer a través del coito.

Verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo, es decir, el requisito determinante de la filiación es la voluntad.

Cuando se recurre a las TRHA, no sólo se distingue entre lo genético y lo biológico -como ya se vio- sino que el aporte puede ser puramente genético. Como lo meramente genético carece del plus señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere gran relevancia. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser parent (para utilizar una noción neutra), quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Esto es así porque, conforme sostiene Rivero Hernández, el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca "no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos [...] Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no - excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola-, y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión".

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socioafectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

Consecuentemente, si bien las TRHA son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio", el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo, la voluntad procreacional. (Todo lo hasta aquí expuesto surge de Kemelmajer, Herrera y Lloveras, "Tratado de Derecho de Familia", según el Código Civil y Comercial 2014, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 499 hasta 504).

En este mismo orden de ideas el 14 de abril de 2010, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, 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 nuevo Código Civil y Comercial que, si bien a la fecha de la presente aún no ha entrado en vigencia, reitero, sus normas deben ser criterios de interpretación para resolver casos como el presente y por ello entiendo que brinda sin dudas bases y parámetros a tomar en cuenta para adoptar una decisión.

d) La gestación por sustitución, el anteproyecto y el nuevo Código Civil y Comercial:

El Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores.

El dictamen de la Comisión Bicameral sostuvo: “Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad.

Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción.

El artículo en cuestión decía: “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

No obstante su eliminación, la gestación por sustitución no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy.

En este sentido, en nuestro país encontramos numerosos planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior, como así también en el país, y así como esta fuerza de la realidad constituía una de las principales razones para su regulación en el Cód. Civil, se sigue presentando hoy como argumento contundente en ese sentido. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían 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”.

Además, a este argumento se suman las razones que originariamente fundamentaron su regulación, que no sólo subsisten, sino que cada día se enfatizan más. Éstas son:

(i) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona.

(ii) Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

Hasta la fecha, ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial. En el primer estudio local en el que se indaga acerca de los aspectos emocionales de esta práctica con un seguimiento de estos niños durante dos

años y medio, la licenciada Barón afirma: “La estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionada con la historia previa, la personalidad de sus padres y el afecto que les brindan que con la forma en la que fueron concebidos”. Por ende, las primeras investigaciones cualitativas sobre el tema son favorables.

(iii) Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa.

La posible explotación de mujeres que se encuentran en situaciones desventajosas es una preocupación legítima, pero la prohibición o el silencio de la ley lo potencia y, consecuentemente, aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica. En otras palabras, la falta de regulación o la prohibición legal provocan que esta técnica se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias. Regular implica que debe hacerse dentro de ciertos márgenes que disminuyen la posibilidad de abusos e injusticias.

(iv) Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde dicha práctica está permitida, dando lugar a lo que se denomina “turismo reproductivo”.

Este “turismo reproductivo” está teniendo tanta repercusión que ha despertado el interés y la preocupación por parte de organismos internacionales, como dan cuenta las Jornadas organizadas los días 24 y 25 de noviembre de 2011 por la ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, dedicada a los Acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional. Sucede que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución cuya premisa es que, como los casos de gestación por sustitución internacionales aumentan día a día, se requiere de manera urgente de una regulación internacional que contemple este apremiante problema sociolegal. En este marco, el proyecto International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Levelm preparó el documento base de la futura convención internacional sobre el tema, como iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en fecha 26 de junio de 2014 dos casos similares ante el mismo país, Francia. Nos referimos a los casos “Mennesson” (demanda N° 65192/11) y “Labassee” (demanda N° 65941/11); los primeros casos sobre gestación por sustitución sobre los que se pronuncia el TEDH. El Tribunal declaró, por unanimidad, que aunque no se encontraba violado el artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada de los demandantes, sí hubo tal violación con relación al derecho de los niños a que se respete ese derecho humano.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que las niñas habían sido identificadas en los Estados Unidos como hijas del señor y señora Mennesson, en un caso, y del señor y la señora Labassee, en el otro, negaron el estado filial bajo el Derecho francés y dicha contradicción ha socavado la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa. Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas 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, generaron un estado de inseguridad jurídica en el Derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados. El TEDH observó que aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos.

Por otro lado, la conculcación de derechos de las niñas además, según lo expone el TEDH, se deriva de la

imposibilidad de heredar, excepto que el señor y la señora Mennesson realicen un testamento, lo cual significaba que sus derechos hereditarios serían menos favorables. Al respecto, el Tribunal consideró que esta situación implicaba privarlas de un componente más de su identidad derivada o relacionada con el parentesco.

El TEDH entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

(v) La gestación por sustitución ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios; esta técnica se practica en la Argentina, aunque no exista ley. En la misma línea, habría que considerar la posibilidad de permitirla para ayudar a las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero. En fin, las demandas a los médicos son numerosas y variadas, y el legislador debe responder.

Cabe destacar que durante un simposio sobre los aspectos éticos y legales del uso de las TRHA llevado a cabo en Buenos Aires en junio de 2011, promovido por la Sociedad Argentina de Andrología, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 80 reproductólogos debatieron sobre distintos aspectos de las TRHA: el 53 % de los reproductólogos estuvo de acuerdo con la gestación por sustitución, y para el 96 % de los que estuvieron de acuerdo debe tratarse de una mujer en edad reproductiva sin útero, pero que aún conserva sus ovarios, o si el embarazo pone en riesgo su vida.

(vi) La ley permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo, y la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

(vii) La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el Derecho Comparado reciente.

El número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (Act [2004]): Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008); Canadá: Alberta (2010), Columbia Británica (2011, aún no en vigor); Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (ley que entró en vigor en 2010), Uruguay (2013).

Incluso, muchos Estados se están cuestionando su regulación. Tal es el caso de Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Irlanda, entre otros.

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando; tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España. Así, por ejemplo, si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia prohíben este tipo de práctica cuando es de carácter lucrativo, en la práctica la situación está modificada.

(viii) No regular o prohibir refuerza la “condena biológica”.

La ley exige que la práctica sea gratuita, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto. No obstante, en los hechos, normalmente se remunera a la gestante. Esto es así porque el artículo 26 de la Ley 3305/2005 que introduce las sanciones penales, imponiendo una pena de prisión de hasta dos años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, no

distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de maternidad subrogada ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿qué sería del niño si comitentes y gestante fueran condenados a dos años de prisión? El interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal. Véase HATZIS, A. N., From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrngate motherhood in Greece, en Portuguese Economic Journal, 2009, vol. 49, N° 3, ps. 205 y ss., disponible en: http://ssm.com/abstract= 1442869, compulsada el 27/08/2010. En este sentido véase el caso "L. (A minor)'" (2010) EWHC 3146, disponible en: Silenciar o prohibir los acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la "inevitabilidad del destino biológico" de la mujer.

Varias estudiosas feministas (Andrews, 1990; Purdy, 1992, por citar algunas) celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes. http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74241, compulsada el 23-2- 2011. Se trata de un contrato de maternidad subrogada celebrado en Illinois, EE. UU. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables.

De esta manera, no se cumplían los requisitos previstos por el art. 54 de HFEA, impidiendo que se otorgue una orden parental a favor de los solicitantes. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión a considerar por el tribunal, sino la principal cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por "gastos razonables") debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes.

Algunos autores entienden que este fallo, que elude el requisito de la prohibición de remuneración para otorgar la orden parental, abre la puerta a la maternidad subrogada "comercial" o "lucrativa" en el Reino Unido. En igual sentido, confirman esa jurisprudencia: "A. and A. vs. P„ P. and B." (2011) EWHC 1738 (Fam.); "I. J. (A child.)" (2011) EWHC 921; "Re K. (Minors) (Foreign Surrogacy)" (2010) EWHC 1180; la reciente sentencia "Re X. and Y. (Children)" (2011) EWHC 3147 (Fam.), etc.

En este sentido la Corte de Sudáfrica concluyó que "durante décadas se ha aceptado que la calidad del papel de padre está determinada por el género. La maternidad era sólo de la mujer. En estos días, sin embargo, la maternidad puede también ser de un hombre. El concepto de maternidad es indicador de una función en lugar de una 'persona' y esta función no necesariamente se encuentra en la madre biológica. Incluye el sensible vínculo que deriva de la atención que se dedica en el día a día a las necesidades del niño de amor, el cuidado físico, la nutrición, la comodidad, la paz, la seguridad, el aliento y apoyo [...] Hoy en día el hombre tiene la libertad de dar a conocer y vivir la sensación de ser madre". "Van der Linde vs. Van der Linde", 1996 (3) SA 509 (0).

Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y postulados del feminismo es que "la biología no debe ser el destino".

La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos.

El mayor papel de la mujer en concebir y gestar no significa que también deban tener mayor responsabilidad en la crianza de los hijos. La evidencia de que la reproducción es una condición del cuerpo de la mujer sobre el que ella debe tener control ha permitido que las mujeres opten más libremente por llevar una vida con o sin hijos, no quedar embarazadas, etcétera.

(ix) La regulación de la gestación por sustitución favorece el avance y evolución del Derecho.

Si el Derecho se retirara o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos y todo seguiría igual a través de los siglos. La historia de la Ley de Matrimonio Civil en la Argentina es una prueba de este aserto.

Psicológica y sociológicamente es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y

rechazando lo nuevo; pasado un tiempo, suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que llega la aceptación mayoritaria; éste es el caso de la fecundación in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida. (Lo hasta aquí dicho surge de Kemelmajer, Herrera y Lloveras, “Tratado de Derecho de Familia”, según el Código Civil y Comercial 2014, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 524 hasta 533).

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 con la gestante ante el suscripto y la Sra. Asesora conforme el acta de que da cuenta fs. 105, se vislumbran sin lugar a dudas todos 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 de la pareja de convertirse en padres del niño, la correspondencia biológica del nacido respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN agregado a fs. 85/88, 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 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 Cód. Civil y, en particular, en el presente considerando.

Por su lado, también entiendo que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional.

Para finalizar, entiendo que ello es lo que más responde al interés superior del nacido 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 Carlucci, Herrera, Marisa, Lamm Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución” LA LEY, 10/09/2012, p. 1).

Y es que una pareja de personas que son y se sienten padres, acuden a la justicia para aclarar la filiación de un recién nacido traído a este mundo, y habiendo tenido con esos padres y con ese niño contacto directos (según audiencia de fs. ...) debo resolver respecto de un atributo de la personalidad de un ser humano -en el caso un recién nacido-, cual es la verdadera filiación para su correcta inscripción en el Registro Civil, y ese ha sido el eje de mi accionar a lo largo del íter procesal de estos autos y del razonamiento de esta resolución.

Como paradigma de estos conceptos debo destacar que el nuevo Cód. Civil y Comercial en su art. 3 dispone los jueces tiene el deber de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Es decir, se debe seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial.

El Estado Constitucional parece exigir una nueva teoría del derecho, el “neoconstitucionalismo”, cuyos rasgos sobresalientes son:

A) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria;

B) Más principios que reglas casuísticas;

C) Más ponderación que subsunción.

Cuando reúno los argumentos para una causa, para una defensa, no los cuento, los peso (Cicerón)

(D) Mayores facultades judiciales en lugar de autonomía del legislador ordinario;

y, (E) Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas. Esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida (Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta - IIJ de la UNAM, Madrid, 2003, pp. 131-132).

De las constancias de autos surge que se acude al órgano jurisdiccional utilizando como vía la autosatisfactiva, dado que, es un procedimiento rápido, que al no haberse planteado intereses contrapuestos no requiere bilateralidad, y que no es necesario acceder a otro proceso, sino que con la resolución que aquí se arribe se agota la discusión del caso.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la Representante del Ministerio Fiscal a fs. ... y ... , el dictamen final de la Sra. Asesora de fs. ..., 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: 1. No hacer lugar a la nulidad del convenio articulada por la Sra. Asesora a fs. 82 vta./83. 2. Declarar la nulidad absoluta de la cláusula VI, acápites B., C.1 y C.3, y cláusula X del convenio de fs. 7/13, por lo considerado. 3. Declarar la inaplicabilidad del art. 242 y cc. del actual Código Civil, de la Ley 24.540 y del art. 33 y concordante de la Ley 26.413, para el presente caso. 4. Determinar que la filiación materna y paterna del niño, de sexo masculino, nacido el día ... de enero del 2015, a las ... hs., en el Hospital ..., Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, corresponde a los Sres. A.C.G., DNI ... y J.J.F., DNI ..., por lo considerado. 5. A fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, departamento de Godoy Cruz, Mendoza, (art. 27 inc. b-, Ley 26.413) para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño precedentemente individualizados, debiendo los progenitores proceder a la elección del prenombre del inscripto en ese momento. 6. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional. 7. Imponer las costas a los presentantes, por no existir contradictor. 8. Regular los honorarios

profesionales del Dr. ..., en la suma de pesos ... ($ ...), conforme art. 10, Ley 3641. 9. Notifíquese a la Sra. Asesora, Agente Fiscal con remisión de autos y a los presentantes vía electrónica. Cópiese. Regístrese. Notifíquese. Ofíciese. Oportunamente archívese. — Carlos E. Neirotti.