

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, desestimó la demanda que tiene por objeto que se desplace el estado de madre de C.L.A. respecto del niño J.P.S., nacido el 4 de junio de 2015, y se otorgue una nueva partida de nacimiento en donde conste la copaternidad de los actores, valorando su voluntad procreacional (fs. 238/262 del expediente principal que corre agregado, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

El tribunal –por mayoría– señaló que el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es categórico en cuanto a la atribución de la maternidad para los nacidos por técnicas de reproducción asistida, que son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que prestó su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561 del CCCN, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En ese sentido, arguyó que el artículo 588 del mismo cuerpo legal establece que, en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad si ha mediado ese consentimiento previo.

Apuntó que esas normas son de orden público, por lo que no es posible apartarse de tan claro texto legal sin declarar su inconstitucionalidad, que en el caso no fue planteada. En este punto, consideró que no debía declararse la invalidez constitucional del artículo 562 mencionado, en tanto constituye un acto de suma gravedad institucional que solo debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico, sin que corresponda a los jueces sustituir al Congreso y legislar sobre cuestiones expresamente omitidas en el CCCN.

Remarcó que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación analizó

la propuesta de regulación de la gestación por sustitución y decidió eliminarla. Al respecto, puntualizó que, al haberse suprimido la figura proyectada y en virtud de los términos en que ha quedado redactado el artículo 562 del nuevo ordenamiento sustantivo no es dable sostener que se trata de una hipótesis de “laguna de la ley” o que el legislador, al haber omitido tratarla, implícitamente la autorizó pues el tema no debe quedar sujeto a la discrecionalidad judicial en una materia tan sensible.

Además, señaló que los actores invocaron el artículo 565 del CCCN a fin de impugnar la maternidad de la mujer gestante cuando esa norma concede la acción “en la filiación por naturaleza”, supuesto que no es el de autos. En ese marco, la cámara precisó que el régimen legal no permite que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales (art. 558 CCCN).

Sin perjuicio de lo anterior y en específica relación con los consentimientos informados de las partes, la cámara, por un lado, cuestionó el vínculo con la demandada y la libertad de ella para expresar su voluntad, y, por otro lado, sostuvo que no fue debidamente acreditado el carácter previo de dichos instrumentos. En relación con ello, afirmó que la escritura pública presentada que protocoliza dos instrumentos privados, tiene fecha 5 de noviembre de 2015, y por lo tanto es posterior al nacimiento del niño. En esa inteligencia, el tribunal consideró que los denominados consentimientos informados fechados el 4 de agosto de 2014 no pueden reputarse tales desde que no medió participación de un médico y no tienen fecha cierta.

Entendió que media un déficit probatorio que no se ve subsanado con la presentación en copia simple de los informes del Instituto Médico Halitus S.A. en los que nada se menciona sobre los consentimientos de fecha 4 de agosto de 2014, ni con las copias de las historias clínicas, desde que, además, fueron presentadas extemporáneamente (fs. 35/39 y 179/220).

En particular, el doctor Racimo interpretó que este último instrumento constituye un contrato en tanto prevé diversas obligaciones para las partes (la mujer gestante presta su consentimiento para la transferencia de embriones y reconoce que no tiene vinculación genética con los preembriones transferidos, que no tiene voluntad procreacional, manifiesta no haber recibido dinero para someterse al tratamiento y se obliga a entregar al niño al momento del nacimiento). En ese contexto, consideró que no constituyen manifestaciones unilaterales de cada una de las partes sino que fue celebrado un acuerdo que “va más allá del consentimiento” (fs. 255).

El tribunal concluyó que adoptar un temperamento contrario importaría convalidar la realización de una práctica sensible sin ningún tipo de control previo, corriendo el riesgo de naturalizar este tipo de procedimientos y flexibilizar indebidamente los requerimientos que deben exigirse, los cuales varían según las condiciones que presente cada caso.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la demandada y los actores interpusieron recursos extraordinarios federales (fs. 264/281 y 283/300), que fueron contestados y denegados (fs. 303/305, 306/310, 313/316, 318/326 y 327), lo que motivó las quejas en examen (fs. 89/93 del expediente CIV 86767/2015/1/RH1 y 89/93 del expediente CIV 86767/2015/2/RH2). Posteriormente, la Defensora General de la Nación se expidió con motivo de los recursos de hecho interpuestos (fs. 99/116 del expediente CIV 86767/2015/2/RH2).

La parte actora sostiene que existe cuestión federal pues se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido adversa a sus pretensiones. En ese sentido, alega que, en función del principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional), debe entenderse que la gestación por sustitución se encuentra permitida ya que no está prohibida de manera expresa en el ordenamiento jurídico.

Resalta que la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los artículos 558 y 562 del CCCN establecen que la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional y posibilita la concreción de la igualdad normativa y el respeto de la diversidad humana, derechos consagrados en la Constitución Nacional y en pactos internacionales de derechos humanos.

Arguye que aplicar aislada y literalmente el artículo 562 del CCCN al caso, sin armonizarlo con los derechos de raigambre constitucional comprometidos resulta discriminatorio, en tanto la voluntad procreacional sólo habilitaría la relación filial respecto de dos hombres en el caso de someterse a una gestación por sustitución.

Aduce que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, incluye dentro de estas técnicas “el útero subrogado”. Agrega que el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante para la Corte Suprema y los tribunales inferiores, establece que los derechos reproductivos integran los derechos humanos. Sobre esa base, sostiene que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, tales como la integridad personal, la libertad personal, la protección de la honra y la dignidad, la protección de la familia y el derecho al goce de los beneficios del progreso científico.

A su vez, plantea que la sentencia no sigue los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, en tanto no hace prevalecer el interés superior del niño ni le otorga una protección especial y prioritaria a su identidad ni a sus relaciones de familia.

Seguidamente postula que la sentencia es arbitraria.

En primer lugar, plantea que es infundado exigir, para la procedencia del reclamo, el planteo de inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCN, ya que dicha norma no contempla la posibilidad de que dos hombres casados, a través de técnicas de reproducción humana asistida y mediante el procedimiento de maternidad solidaria, sean padres. Sostiene que esa norma no prohíbe la gestación por sustitución, sino que regula una situación distinta, por lo que no corresponde, en el presente, plantear ni declarar su inconstitucionalidad. Arguye que, si bien el legislador no reguló la gestación por sustitución, su intención no era prohibirla.

En segundo lugar, esgrime la existencia de un vacío legal ya que la gestación por sustitución no se halla regulada y por ello la cámara debió dar una solución al caso bajo análisis, contemplando los derechos del niño, de sus padres y de la mujer gestante.

En tercer lugar, aduce que la sentencia en crisis no ponderó adecuadamente los consentimientos informados prestados por las partes, la voluntad procreacional de los actores ni la voluntad de la gestante, que no desea ser madre. En ese sentido, plantea que la sentencia no es razonable, pues ha puesto en duda las características de la relación entre los padres y la gestante, y, sin embargo, ante esa situación no convocó a una audiencia, como sí lo hizo el magistrado de grado.

Los recurrentes afirman que la sentencia también cuestiona la validez de los consentimientos de fecha 4 de agosto de 2014 sin valorar que al momento de realizarse el procedimiento de fertilidad no había regulación específica, atentando contra la voluntad procreacional de los padres y el interés superior del niño.

Criticán el pronunciamiento en cuanto pretende igualar los consentimientos expresados a un contrato cuando ello no es posible legalmente conforme dispone el artículo 957 CCCN, ya que no puede tener por objeto

relaciones de familia. En relación con esto, consideran que los consentimientos informados de fecha 4 de agosto de 2014 solo reflejan manifestaciones unilaterales de cada una de las partes y las obligaciones allí previstas resultan consecuencias directas y naturales de la voluntad procreacional expresada.

El recurso extraordinario de la demandada replica los agravios de la parte actora, por lo que se dan por reproducidos.

Por su parte, la Defensora General de la Nación coincide con los recurrentes en que la sentencia es arbitraria en tanto el artículo 562 del CCCN no prohíbe la gestación por sustitución, por lo que no es necesario pronunciarse sobre su inconstitucionalidad sino armonizar el ordenamiento jurídico con el concepto de voluntad procreacional a fin de determinar las relaciones filiales. Sin embargo, desarrolla, en subsidio, el planteo de inconstitucionalidad de la referida norma en el entendimiento de que ha operado como obstáculo ineludible a la hora de atender las pretensiones de las partes.

–III–

En mi opinión, los recursos extraordinarios fueron mal denegados pues se postula que la interpretación realizada por el *a quo* del artículo 562 del CCCN es violatoria de garantías constitucionales, en particular, de los derechos a la intimidad, la libertad personal, la igualdad y no discriminación, los derechos sexuales y reproductivos, el interés superior del niño, la identidad, la protección de la familia y el derecho al goce de los beneficios del progreso científico (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” y sus citas; CNT 57589/2012/1/RH1, “Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz SA s/ despido”, sentencia del 24 de septiembre de 2020, cons. 4) y la decisión ha sido contraria a las pretensiones de los recurrentes.

–IV–

En esta causa, la cuestión federal consiste en determinar si la interpretación del artículo 562 efectuada por la sentencia en crisis contraría los

derechos constitucionales que los recurrentes esgrimen vulnerados y, en consecuencia, si es procedente el desplazamiento de la condición de madre de C.L.A. y el reconocimiento jurídico de la voluntad procreacional de L.G.P. respecto del niño J.P.S. (de quien es además su padre biológico), nacido a través de la técnica de gestación por sustitución.

La conclusión a ese respecto condiciona la procedencia del análisis de los restantes agravios vinculados con la validez de los consentimientos informados y la relación entre las partes, que guarda directa e inmediata relación con la interpretación de los derechos constitucionales puestos en juego.

En ese marco, corresponde precisar que se discute una demanda de impugnación de filiación contra C.L.A., respecto del niño J.P.S., nacido el 4 de junio de 2015, para que se la desplace del estado de madre en tanto sólo actuó como mujer gestante, y que se reconozca como padre al coactor L.G.P. y se adicione el apellido de éste al nombre del niño (fs. 2/14).

La demandada se allanó a las pretensiones de la parte actora solicitando que se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda en todas sus partes (fs. 74).

Los actores, que contrajeron matrimonio el 24 de octubre de 2014, son quienes efectivamente ejercen el rol de padres y asumieron las tareas de crianza y cuidado desde el nacimiento del niño, mientras que la mujer gestante tiene tres hijas propias (fs. 32/34, 98/99).

No hay, pues, en el caso, intereses contrapuestos, ni derechos en conflicto entre las partes directamente involucradas, y se requiere definir la situación filiatoria del niño.

–V–

Sentado ello, considero que la mejor vía para resguardar el interés superior del niño J.P.S. y los derechos constitucionales involucrados es revocar la sentencia en relación con los aspectos federales señalados.

En primer lugar, en cuanto a la cuestión a estudio, y en línea con la postura fijada por esta Procuración General en la causa CIV 14153/2017/CS1, “S.T., V. s/ inscripción de nacimiento”, del día 27 de agosto del corriente año, considero que no surge del CCCN, de la Ley 26.862 de Reproducción Humana Asistida, ni de otra legislación vigente, una prohibición expresa de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida y fuente de filiación.

En el referido dictamen se precisó que el CCCN reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la naturaleza (mediante el hecho biológico de la procreación), la adopción y las técnicas de reproducción asistida, que vincula a los niños nacidos mediante esos procedimientos con los padres que manifestaron su voluntad procreacional (arts. 558, 560, 561 y 562, de ese cuerpo legal).

En efecto, de los términos literales de las normas que integran el capítulo II “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida”, del Título V “Filiación”, del Libro Segundo “Relaciones de Familia”, que regula la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida, no se desprende una prohibición de ese procedimiento, ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización.

En particular, el artículo 562 prevé que “los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. De la redacción de esta norma no puede inferirse, sin más, una regla de proscripción de la técnica de gestación por sustitución; por el contrario, una postura de esa naturaleza debió ser formulada en la legislación en forma expresa y directa.

Tampoco surge una prohibición expresa de la norma transitoria de la ley 26.994 que aprobó el CCCN, y que previó la situación de las personas nacidas antes del 1 de agosto de 2015, tal como ocurre en el caso de autos donde J.P.S. nació el 4 de junio de 2015, disponiendo que “[l]os nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta” (art. 9).

La historia legislativa del CCCN confirma, simplemente, que las reglas de los artículos 560 a 564 fueron pensadas para la filiación por técnicas de reproducción asistida, distintas a la gestación por subrogación, y que, en cambio, para ésta última, precisamente porque se trata de una práctica de singulares características que requiere reglas diferenciales, había sido prevista una regulación específica, que fue luego suprimida del texto definitivo. No obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior, evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla.

A su vez, la gestación por sustitución es una de las prácticas contempladas por la ley 26.862 entre las técnicas de reproducción asistida. El artículo 8 impone al sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, y demás entidades de servicios de salud, incorporar “como prestaciones obligatorias” para sus afiliados o beneficiarios “la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de

apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”.

Según el glosario de la Organización Mundial de la Salud la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida. En efecto, el glosario menciona expresamente comprendidos en tales técnicas “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, lo cual incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación *in vitro* y a la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el “útero subrogado” (cf. glosario publicado en www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/).

En suma, en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por subrogación es una práctica no prohibida por la ley pero que hasta el momento carece de una reglamentación específica.

En estas condiciones, de acuerdo con el principio de reserva estipulado en el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional que prescribe que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, debe entenderse que el procedimiento de gestación por sustitución se encuentra permitido (Fallos 335:197, “F.A.L.”, considerandos 20 y 21).

Ello es así además si se advierte que es el único procedimiento que dispone en la actualidad la ciencia médica para que las

personas y las parejas de igual o distinto sexo sin capacidad de gestar, puedan tener hijos, por lo que su elección atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de la seguridad y certeza que les brinda el orden jurídico (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; Fallos: 338:556, “D., M.A.”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrs. 142 y 143; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “S.H. y otros c. Austria”, sentencia del 3 de noviembre de 2011, párr. 82). En este sentido, las decisiones relativas a la procreación configuran cuestiones centrales de la esfera privada familiar relacionadas con la autonomía de una persona, pues involucran las elecciones más íntimas y personales que puede hacer en su vida (cfr. Corte Suprema de Estados Unidos, “Lawrence et al. c. Texas”, sentencia del 26 de junio de 2003, 539 U.S. 558, 573-74).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 19 de la norma fundamental expresa una decisión de establecer delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción jurídica. La precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 326:417, “Provincia de San Luis”; 341:1017, “Colegio de Escribanos”, considerando 7).

Por su parte, el referido principio de reserva de ley es concordante con el principio de legalidad en materia de restricciones al goce y

ejercicio de los derechos y libertades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, sino que deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, exige que las limitaciones se establezcan por una ley formal (OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 22 y 23).

En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo, respecto de la existencia de una ley como base para restringir los derechos a la vida privada y a la identidad, en el marco de un conflicto relativo al alcance de disposiciones sobre técnicas reproductivas, determinó que el requisito de legalidad también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, en el sentido de que ésta debe ser accesible a la persona involucrada y predecibles los efectos de su aplicación. En orden a satisfacer el criterio de previsibilidad, la ley debe estipular con suficiente precisión las condiciones en las que una medida será aplicable, para permitir que la persona concernida –si fuera el caso, con asesoramiento apropiado– regule su conducta de manera acorde (casos “Mennenson c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 57; “Labassee c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014 y los allí citados, “Rotaru c. Romania [GC]”, n° 28341/95, párr. 55, ECHR 2000V, “Sabanchiyeva y otros c. Russia”, 38450/05, párr. 124, ECHR 2013).

Bajo estas premisas, cabe concluir que no existe en el ordenamiento legal argentino ninguna norma que, de acuerdo con las pautas constitucionales de accesibilidad y previsibilidad referidas, establezca de modo claro y preciso la prohibición de la gestación por sustitución e impida determinar la filiación de los niños nacidos a partir de esta técnica a favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

Estas particulares circunstancias de ausencia de regulación, y la realidad de los hechos de la gestación por subrogación en estos autos, demandan una solución *ad hoc* de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio de filiación, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

En este punto, corresponde precisar que la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento libre, previo e informado como el deseo o intención de tener un hijo es el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida que sí han sido reguladas, y allí se permite sustituir a los demás elementos biológicos y/o genéticos (arts. 560, 561, 566, 588, última parte y 591, última parte, CCCN). Este régimen filial, además, en el esquema del nuevo ordenamiento civil, resulta consistente con el reconocimiento de iguales derechos reproductivos a parejas del mismo y de distinto sexo, y a las personas sin pareja. Por ello, y ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño nacido por esta vía, entiendo que el temperamento que mejor satisface su interés superior y de los derechos en juego es la inscripción registral como hijo de ambos demandantes.

Todo ello, teniendo en cuenta el análisis que sobre la existencia de consentimiento informado, previo y libre se realiza en el punto VI del presente dictamen.

En relación con lo expuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas normas aplicables a las circunstancias del caso que protegen con amplitud el derecho a la identidad que comprende la determinación de los vínculos jurídicos familiares del niño o niña. Así, establece el deber del Estado de respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias arbitrarias (art. 8.1). Además, estipula que, cuando un niño sea

privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2.). También prevé que los niños deben ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7, inc. 1).

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que “el derecho a la identidad está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, ambas sustentadas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social” (OC-24/17, “Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo”, párr. 91, y caso “Contreras y otros c. El Salvador”, párr. 113).

Refiere que, a fin de proteger ese derecho, el Estado y la sociedad deben respetar y garantizar la individualidad de cada una de las personas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad (OC-24/17, cit., párr. 91). Un aspecto básico de la personalidad de cada individuo es el vínculo legal con los progenitores. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que “el derecho a la identidad forma parte del derecho a la vida privada e implica que toda persona debe tener la posibilidad de establecer los aspectos sustantivos de su propia identidad, incluyendo la relación legal paterno filial” (casos “Mennesson c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 96; “Labasse c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 75; “Foulon y Bouvet c. Francia”, sentencia del 26 de julio de 2016, párr. 55 y 58 y “Affaire Laborie c. Francia”, sentencia del 19 de enero de 2017, párr. 29 y 32).

Desde esta perspectiva, la interpretación que el *a quo* propugna del artículo 562 del CCCN conduciría a registrar vínculos filiales que no

se corresponden con la realidad, tanto por instituir a la mujer gestante como madre, a pesar de que carece de la intención y el deseo de serlo, como por desconocer la condición de padre de L.G.P, quien manifestó el propósito de asumir esa paternidad desde la concepción del niño y quien, además, es su padre biológico. De este modo, se tergiversaría la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento.

Para más, el criterio de la cámara implicaría forzar a la mujer gestante a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental, pese a que no hizo aporte genético alguno y a que carece de la voluntad de ser madre, vulnerando su autonomía personal. Con ello, se haría prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, que tiene tres hijas con el señor D.M.

En suma, la normativa en cuestión, a la luz de la Constitución Nacional, no prohíbe la gestación por sustitución a pesar de no estar regulada, por lo que la interpretación efectuada por el *a quo* en ese sentido vulnera los derechos fundamentales de las partes, el interés superior del niño, su vida privada y su identidad.

–VI–

En segundo lugar, sentado lo anterior, resta analizar los agravios referidos a la ponderación que realizara el *a quo* de las circunstancias en que fueron prestados los consentimientos de las partes, y al tipo de relación que mantenían. Ello así, pues la determinación de la validez de los consentimientos y la naturaleza de la práctica reproductiva empleada guarda estrecha relación con la cuestión federal en debate. Anticipo que en mi entender la valoración de la cámara resulta infundada, y afecta de manera directa e inmediata el ejercicio de los derechos constitucionales en juego.

En efecto, corresponde señalar que no se encuentra controvertido que J.P.S. nació el 4 de julio de 2014 por técnicas de reproducción asistida de alta complejidad, que la mujer gestante no aportó gametos y que, si bien se utilizó material genético de ambos actores, del informe de ADN de la Fundación Favaloro surge que el niño es biológicamente hijo de L.G.P. (fs. 41/49). Tampoco se discute que la demandada tiene tres hijas y que está en pareja con el padre de ellas, D.M. (fs. 32/34 y 36).

En el caso, fueron agregados informes del Instituto Médico Halitus y los consentimientos informados de fecha 4 de agosto de 2014 (con anterioridad a la transferencia embrionaria realizada el día 25 de septiembre de 2014) y protocolizados ante escribano público con fecha 5 de noviembre de 2015 (fs. 35/39 y 51/57). También fueron acompañadas –en conjunto por la parte actora y la demandada– las historias clínicas a fojas 179/220. En ese contexto, es dable aclarar que en agosto de 2014 no resultaba exigible la protocolización de los consentimientos ni autorización judicial alguna.

Ahora bien, como se sostuvo, la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento libre, previo e informado es el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido, existe una relación estrecha entre la voluntad procreacional y el consentimiento informado, que se presentan como el elemento subjetivo y objetivo de la procreación asistida. Sin embargo, el consentimiento informado no configura un mero acto de aceptación, sino que debe ser el resultado de un proceso en el que la persona adopta una decisión libre y plena luego de la recepción, comprensión y asimilación de la información integral sobre el tratamiento.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el consentimiento informado consiste en una decisión previa de

aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. Agregó que el consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual (Caso “I.V. vs. Bolivia”, sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 166).

En primer término carece de sustento la decisión de la alzada que cuestiona el carácter previo de los consentimientos fechados el 4 de agosto de 2014, que a su entender adolecerían de fecha cierta, pues de la prueba acompañada surge que los pacientes recibieron información respecto del procedimiento con anterioridad a la transferencia embrionaria y manifestaron su voluntad.

En efecto, se encuentra agregada a la causa copia de las historias clínicas de la señora C.L.A. y de los actores confeccionadas en el Instituto Médico Halitus, que se iniciaron en el año 2013 y continuaron hasta el año 2017 por nuevas transferencias realizadas a la demandada luego del nacimiento de J.P.S. (fs. 179/220). De allí se desprende que los médicos tratantes le explicaron a C.L.A. en qué consistía la gestación por subrogación, que aceptó las transferencias que se le realizaron, incluida la que culminó en la gestación de J.P.S., y que los profesionales le contestaron todas sus preguntas (fs. 183/186, 188). Asimismo se encuentra acompañado a la causa el informe psicológico de septiembre de 2014 que concluye que la “paciente cuenta con los recursos psíquicos y el nivel de

desarrollo evolutivo/cognitivo adecuado para la subrogancia materna” (fs. 36/38) y un informe realizado por la misma licenciada –Patricia Martínez– que afirma que existió un monitoreo del desarrollo gestacional que involucró a C.L.A., a su familia y a la pareja conformada por los señores S. y P. (fs. 39).

En relación con lo anterior, es necesario agregar que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 prevén que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado, el que puede ser revocado antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7, ley 26.862). Este consentimiento debe documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de la voluntad y se aplican en lo pertinente, las disposiciones de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud y la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales (art. 7, dec. reglamentario). En este sentido, la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 prevén que el consentimiento informado será verbal –salvo las excepciones allí previstas, que no se dan en el caso–, debiendo el profesional tratante asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó aquel (art. 7 dec. reg. 1089/2012), y esto es justamente lo que sucedió en cada oportunidad que a C.L.A. se le practicó una transferencia. Particularmente en la de fecha 25 de septiembre de 2014 surge asentada en la historia clínica la siguiente expresión “yo C. A. DNI 30768189 acepto transferirme los embriones propiedad de L. P. e I. S., actuando como gestante” (fs. 188, fueron eliminados en la transcripción los nombres completos).

Cabe destacar que los informes médicos del instituto Halitus fueron acompañados antes de correrse el traslado de la demanda y que nunca fueron desconocidos.

Con relación a las historias clínicas, resulta relevante hacer hincapié en que fueron acompañadas por las partes conjuntamente luego de apelada la sentencia de primera instancia y de fundada la referida apelación por el Fiscal General de Cámara (fs. 118/128, 133, 143 y 158/164 y 179/230). Del escrito y de esas historias clínicas se corrió traslado a los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, que se expidieron al respecto (fs. 231, 232, 234). Entonces, tanto los actores como la demandada y los representantes de ambos ministerios pudieron ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que creyeron conducentes para la correcta solución del litigio.

En tales circunstancias, carece de sustento la postura de la cámara que descarta los informes médicos y las historias clínicas por ser copias simples y las últimas, además, por extemporáneas (fs. 241 vta.), pese a que estaba en condiciones de analizarlas a la luz de los planteos de los involucrados y, en su caso, podía disponer de oficio las diligencias adecuadas (conforme artículo 36 incisos b y c del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Más aún cuando su valoración resulta dirimente para determinar la validez de los consentimientos, de modo que la exclusión de esa prueba, conduce a renunciar al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, en aras de un excesivo rigor formal, que desatiende los derechos constitucionales involucrados (Fallos: 308:435, “Banco del Acuerdo S.A.”).

En segundo término, cabe precisar que las partes firmaron instrumentos privados fechados el 4 de agosto de 2014, mediante los cuales los actores manifestaron su voluntad procreacional y la actora su voluntad de ser solo gestante, como así también otro instrumento que denominaron “Consentimientos Informados Adecuación al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” –en el que participó la médica tratante del Instituto Médico Halitus, Florencia María Inciarte– de fecha 5 de noviembre de 2015, día en que ambos documentos fueron protocolizados. Es relevante aclarar que las partes firmantes no cuestionan la

fecha de suscripción del primer documento, la cual fue ratificada en sede judicial (fs. 2/14, 51/57 y 74).

Por último, respecto de la relación que mantenían los litigantes cabe analizar que en la única audiencia convocada en el proceso por la jueza de primera instancia (fs. 93), donde se tomó contacto personal con los involucrados, de acuerdo con lo solicitado por la tutora *ad litem* (fs. 82), “emergió la amistad entre los peticionantes y la mujer gestante, así como el pleno, libre e informado consentimiento para someterse a las prácticas de reproducción humana asistida” (fs. 98 vta.). Según refiere la tutora, la gestante manifestó que “el objetivo era tener un hijo para sus amigos, que era un acto de amor y que siempre, tanto ella como su familia tuvieron en claro que fue una búsqueda de un hijo para aquéllos”. Para más, advirtió que el niño “en todo momento, tanto para jugar como para que lo calmen en sus rabiets y sus disgustos, en un ambiente que no le satisfacía, recurría a I. y L. En ningún momento lo hizo con C., quien tampoco tuvo con él ningún gesto maternal” (fs. 98/99, fueron eliminados los nombres completos). De las historias clínicas surgen elementos concordantes sobre las características de ese vínculo (v. fs. 215).

En mérito de los antecedentes reseñados cabe concluir que los recurrentes transitaron un proceso en el que fueron informados por los médicos en diferentes instancias sobre el alcance del tratamiento y sus consecuencias. Los actores expresaron libre y oportunamente su voluntad de ser padres del niño, y la demandada su voluntad de asumir solidariamente la gestación sin ser la madre, antes y después del nacimiento, postura que además mantuvo durante todo el trámite judicial. A ello cabe agregar que integra una familia compuesta por su pareja y tres hijas y que no aportó gametos.

En suma, en ese marco fáctico, adquiere preeminencia para definir la filiación el elemento volitivo por sobre el componente biológico, y ello

encuentra sustento en las características y reglas diferenciales de la procreación asistida que, como fuera dicho, corresponde aplicar aquí por analogía.

Por ello, estimo que procede la inscripción de copaternidad solicitada por los actores, y el desplazamiento del estado de madre de la accionada, solución que no transgrede ninguna prohibición legal, y es la que mejor concilia los derechos fundamentales de las partes y el interés superior del niño, su vida privada y su identidad.

–VII–

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir las quejas, declarar procedentes los recursos extraordinarios y revocar el pronunciamiento recurrido en los términos señalados.

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2020.