

Buenos Aires, de octubre de 2017.-LP

Y VISTOS:

Estos autos “S. T., V. s/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO” (Expte. Nro. 14153/2017) de los que, RESULTA:

A fs. 43/59 se presentan C. y H., por derecho propio y en representación del niño V. y la Sra. M., promoviendo acción de amparo contra la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto que se inscriba la copaternidad igualitaria de C. y H. respecto del niño V..-

Refieren que la pareja convive desde el año 2011 y que el 27 de enero de 2016 registraron su unión convivencial ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y que desde un primer momento su proyecto tuvo como gran anhelo poder conformar una familia con varios hijos e hijas.-

Manifiestan que el 18 de octubre de 2013 nació A., concebida mediante el método de gestación por sustitución en los Estados Unidos de Norteamérica con una gestante norteamericana y ovodonación anónima. La inscripción en su lugar de nacimiento quedó consignada como “sin madre o madre gestante” y con los datos del padre genético o aportante de gametos masculinos, y posteriormente A. fue inscrita en nuestro país como figuraba en la partida de nacimiento originaria.-

Relatan que el 1ro de junio de 2016 el Sr. C. promovió un proceso de adopción por integración -el que tramitó ante este Juzgado-, cuya sentencia otorgó al peticionante la adopción por integración de A., quién en adelante se llamaría A.T. S.-

El 26 de abril de 2016 nacieron A. y V., cuya concepción fue también realizada mediante el método de gestación por sustitución, llevada a cabo por la Sra. A., con ovodonación anónima y con aporte de gametos del Sr. C. La inscripción de los niños como hijos de los peticionantes fue dispuesta por este Juzgado y revocada por la Sala H de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Contra esta decisión se interpuso recurso extraordinario, concedido con fecha 13/12/2016, los que actualmente se encuentran en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Finalmente y en lo que resulta objeto de este proceso, el 10 de enero de 2017 nació el niño V., quien fue concebido mediante el método de “gestación por sustitución”, práctica que se llevó a cabo mediante ovodonación anónima y gametos aportados por el Sr. H, siendo la gestante la Sra. M.-

Fundan su petición en normas y precedentes constitucionales, convencionales, nacionales y locales.-

Afirman que si bien la Constitución Nacional no regula un derecho expreso a la voluntad procreacional, éste se encuentra dentro de los derechos implícitos consagrados en el art. 33 de la Carta Fundamental, y que su proyección se encuentra en los contenidos emergentes de la libertad, de intimidad (art. 19 CN), de la protección integral de la familia (art. 14 bis CN) y del desarrollo humano vinculado al aprovechamiento científico y tecnológico (art. 75 inc. 19 primer párrafo CN).-

Por otra parte, concluyen que por aplicación del principio de reserva emergente del art. 19 de la Constitución Nacional, al no estar prohibida la práctica de “gestación por sustitución”, se encuentra permitida y el Estado debe garantizarla en forma plena.-

Sin embargo, reconocen que la forma en que ha quedado redactado el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación aparece en principio como un obstáculo o barrera normativa respecto de la gestación por sustitución y subsidiariamente plantean la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la norma referida por ser contraria al derecho a conformar una familia, a la no discriminación en el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida y al interés superior del niño en lo que hace a su derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares entre padres e hijos.-

La Sra. R. y el Sr. T. han suscripto un consentimiento previo, informado y libre ante el centro de salud interviniente, según dan cuenta las constancias de fs. 8/15.-

Así las cosas, con fecha 29 de noviembre de 2016, los peticionantes y la Sra. M., suscribieron un “protocolo de consentimiento previo, libre e informado para el desarrollo de un procedimiento de gestación por sustitución”, el cual se encuentra documentado en escritura pública, cuya constancia luce a fs. 3/7.-

Del certificado de nacimiento obrante a fs. 2 surge que la Sra. M. ha dado a luz a una criatura de sexo masculino con fecha 10 de enero de 2017.-

A fs. 71/72 la suscripta se declaró incompetente para entender en el amparo promovido contra el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del GCBA, atendiendo a la exposición de los hechos efectuados en la demanda y la naturaleza de las pretensiones deducidas en aquélla y el derecho invocado como fundamento de sus pretensiones.-

A fs. 75/77 los peticionantes consintieron el resolutorio y a fs. 78vta. y 80 lo apelaron la Sra. Fiscal y el Sr. Defensor de Menores, respectivamente.

A fs. 104/105 la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la resolución de fs. 71/72 y sostuvo la competencia de este Juzgado.-

A fs. 108/110 el letrado apoderado solicitó se ordene como medida cautelar, la inscripción provisoria del pequeño V como hijo de los Sres. S y T-

A fs. 121/123 la Sra. Jueza de FERIA, si bien no hizo lugar a la inscripción provisoria solicitada, dispuso autorizar en forma cautelar a los Sres. C y H, a que en forma indistinta puedan realizar trámites de afiliación, inscripción y toda gestión a favor del niño V ante clubes sociales, instituciones educativas y obras sociales, incluyendo la mejora del plan de salud que actualmente posee. Asimismo, otorgó autorización a los nombrados a realizar viajes con el niño V dentro del territorio de la República Argentina y ordenó librar oficio al Hospital Alemán para que remita copia completa de la historia clínica del niño V.-

A fs. 127/128 el Dr. Gil Domínguez, por la representación oportunamente acreditada a fs. 72bis/74, reencauzó el trámite y solicitó la inscripción de nacimiento del niño V como hijo de los Sres. C y H y ratificó expresamente el consentimiento oportunamente prestado por la Sra. M, reconociendo la exclusiva voluntad procreacional a favor de los copadres.-

A fs. 130 se celebró audiencia con la presencia del Sr. H, el Dr. Andrés F. Gil Domínguez en representación del Sr. S y de la Sra. M y la Dra. Villanueva en representación del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. En dicha oportunidad, y ante la presencia de la suscripta, del Sr. Defensor de Menores, Dr. José Atilio Álvarez y del Secretario del Juzgado, Dr. C. Martín Torriolo, el Dr. Gil Domínguez en representación de la Sra. R ratifica la petición de fs. 43/59 y solicitaron que se resuelva lo peticionado a fs. 127/128.-

A fs. 145, ponderando lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores como por la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal, y en uso de los deberes de dirección e instrucción del proceso, se dispuso la citación de la Sra. M a una entrevista a celebrarse el 11 de septiembre de 2017.-

A la audiencia designada compareció la Sra. M acompañada por sus letrados, Dres. Mariana Inés Rodríguez Iturburu, Natalia De La Torre y Andrés Favio Gil Domínguez y los Sres. S y T, acompañados por su letrado, Dr. Andrés Favio Gil Domínguez y se celebró en presencia de la suscripta, del Sr. Defensor de Menores e Incapaces y el Secretario del Tribunal.-

En dicha oportunidad la Sra. M ratificó lo plasmado en la escritura pública acompañada a fs. 3/7, y lo manifestado en el escrito de inicio de fs. 43/59, manifestando expresamente que reconoce la voluntad procreacional de los Sres. S y T respecto de V como copadres.-

A fs. 142/144 dictamina la Sra. Fiscal, quien solicitó el rechazo al planteo de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación subsidiariamente planteado por los actores, por entender que: a) no se acreditó agravio alguno derivado de la aplicación del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y que el ataque no se desarrolló como debiera; b) que el control de constitucionalidad que incumbe a los tribunales no incluye el examen de la conveniencia o acuerdo del criterio adoptado por el legislador.-

A fs. 149/171 dictamina el Sr. Defensor Público de Menores e Incapaces, quien solicita: a) la suspensión del trámite a las resultas del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "S T A Y OTRO s/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO" (Expte. Nro. 31689/2016); b) para el supuesto que no se suspenda el procedimiento, solicita se rechace la pretensión de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y de inscripción de nacimiento del niño V como hijo de los copadres T y S sin filiación materna; c) se ordene la inscripción de nacimiento del pequeño V como hijo de la Sra. M y del Sr. T, con posibilidad de adopción integrativa plena por parte del Sr. S; d) se tenga presente la introducción del caso federal.-

A fs. 173/175 dictamina nuevamente la Sra. Fiscal en orden a la inscripción de nacimiento solicitada, y entiende que corresponde rechazar la presente acción. Sostiene su postura en los siguientes argumentos: a) que comparte lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores en su dictamen de fs. 149/171, en cuanto a que corresponde la suspensión del trámite a las resultas del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos 31689/2016; b) que el derecho de familia esta regido, en su mayoría, por normas de orden público, las que alcanzan al régimen filiatorio. Consiguientemente, dichas normas -específicamente el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación- no pueden ser dejadas de lado por los particulares; c) que de admitirse la impugnación, se atenta contra el interés superior del niño, pues se le impone una sustitución de su identidad, excluyendo deliberadamente a la madre e inscribiendo como padre a quien no lo es; que en el caso, el interés del niño aparece solamente invocado a posteriori, con una situación afectiva y familiar de hecho consolidada y la urgencia de determinar un emplazamiento filial; d) que en el texto legal vigente no está reconocida la gestación por sustitución y menos aún que pueda desdoblarse la maternidad que el legislador reconoce a favor de quien dio a luz; y que de admitirse el caso, se estaría decidiendo en contra de la ley y del orden público que rige en materia de filiación.-

Y CONSIDERANDO:

I.) Sobre el pedido de suspensión del proceso a las resultas de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “S, T A Y OTRO s/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO” (Expte. Nro. 31689/2016).-

El Sr. Defensor de Menores, con la adhesión de la Sra. Fiscal a fs. 173/175, solicita la suspensión del trámite a las resultas del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos nro. 31689/2016, planteo que, adelante, no puede tener acogida favorable pese al destacable esfuerzo argumental desarrollado por el citado Magistrado, pues si bien es cierto que existe una estrecha vinculación entre la pretensión esgrimida en autos respecto de V y la que se encuentra a la espera de resolución en la Corte de Suprema de Justicia de la Nación respecto de los hermanos A y V, tal circunstancia no puede convertirse en un valladar para resolver la situación traída a conocimiento de la suscripta.-

En primer término, porque es deber de los jueces resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (conf. art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación y 34 inc. 2do del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); es que se trata de una imposición de las reglas que regulan la actividad del juez como funcionario público y que, a su vez, derivan de un Estado de derecho (TOBIAS, José W. en Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, ALTERINI, Jorge H. Director, LL, Ciudad de Bs. As., 2015, t. I, p. 26).-

Asimismo, suspender el trámite de las presentes actuaciones a las resultas del fallo de la Corte Suprema en las actuaciones nro. 31689/2016, importaría desatender a uno de los principios rectores de los procesos de familia, cual es el de la tutela judicial efectiva (art. 706 CCCN), de fuente Convencional (art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que comprende la garantía del plazo razonable (véase, por caso, casos “Fornerón c/República Argentina” y “Mémoli c/República Argentina” fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos); máxime considerando que nos encontramos frente a la petición de inscripción de nacimiento de un niño, cuyos intereses merecen ser especialmente tutelados. Al respecto se ha señalado que la tutela judicial efectiva importa una protección judicial que resulta eficaz para obtener lo que corresponde a cada uno. De allí que este principio se vuelva más necesario cuando involucra derechos de personas en una situación vulnerable que les impide procurar la defensa de sus derechos por sí solas, y cobra también especial relevancia cuando se vuelve necesario apartar ciertos formalismos procesales para alcanzar una solución justa (BASSET, Ursula C. en Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, ALTERINI, Jorge H. Director, LL, Ciudad de Bs. As., 2015, t. III, p. 867).-

Repárese además que en el caso esta suerte de “prejudicialidad” planteada por ambos Ministerios no se encuentra prevista por la ley, que para la litispendencia propiamente dicha no se constata la identidad subjetiva (es decir, de sujetos) y que para la acumulación de procesos no es válido sostener que la sentencia que se dicte en el proceso “S, T A Y OTRO s/ INSCRIPCION DE NACIMIENTO” (Expte. Nro. 31689/2016) pueda tener efectos de cosa juzgada sobre el presente. Si bien es la misma familia, cabe tratar el caso de cada niño particularmente, pues así además opera la ponderación del interés superior del niño.-

Por otra parte y lo que resulta definitorio, de hacer lugar a la petición de suspensión del trámite de las presentes, se estaría afectando el derecho que le asiste a todo niño de ser inmediatamente inscripto después de su nacimiento (art. 7 Convención sobre los Derechos del Niño), lo que al mismo tiempo le impide el goce efectivo de otros derechos esenciales.-

II.) Sobre el planteo del Defensor de Menores respecto a la igualdad de los hermanos.-

Señala el Sr. Representante del Ministerio Pupilar que la resolución de la presente causa del modo pretendido por los peticionantes podría traer aparejado que los cuatro hermanos tengan situaciones de familia distintas, razón por la cual, según su criterio, corresponde proceder del modo por él propuesto, esto es, aguardando el fallo de la Corte Suprema -cuestión que ya ha sido analizada en el considerando I- o por medio de la adopción de integración.-

Entiendo que desde el plano estrictamente jurídico (y no valorativo o moral), por una parte, no sólo no se encuentra prohibida la existencia de hermanos con diferente fuente filiatoria, sino que además se encuentra expresamente permitida y no supone ningún obstáculo ni discriminación para ellos, desde el momento que el Código Civil y Comercial de la Nación ha zanjado las cuestiones que el Código Civil derogado suscitaba respecto a la desigualdad del vínculo jurídico entre los hermanos, que se creaba entre aquéllos nacidos mediante la filiación por naturaleza y por adopción.-

En efecto, el ordenamiento civil y comercial consagra ahora una verdadera igualdad en las relaciones jurídicas, clausurando cualquier tipo de distinción entre los hijos sean ellos adoptivos o biológicos, coherente con el principio de igualdad de los vínculos filiales; y que la adopción -simple o plena- genera parentesco entre los hijos adoptivos o biológicos o nacidos por técnicas de reproducción en función del principio de igualdad y no discriminación y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 529, 534 y 558 CCyC, sumado a la importancia que la legislación confiere a los vínculos fraternos, sean de origen biológico o adoptivo (GONZALEZ DE VICEL, Mariela en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, Infojus, Ciudad de Bs. As., 2015, t. II, p.370).-

Consecuentemente, la decisión que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueda adoptar respecto de los hermanos A y V, de manera alguna afectaría el vínculo jurídico entre los cuatro hermanos, quienes gozarán de igualdad de derechos de acuerdo a las pautas del art. 17, inc. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Agrégame que en rigor, el razonamiento propuesto por el distinguido Magistrado encierra una insalvable petición de principios, pues parte de la premisa de que el hecho que existan hermanos con diferente fuente filiatorias, supone una situación discriminatoria entre ellos, lo que desde ya y por las razones expuestas más arriba, no puede sostenerse desde el punto de vista jurídico.

III.) Sobre la inscripción de nacimiento de V.-

Sentado lo expuesto, corresponde ingresar en el examen del planteo de fondo de los peticionantes (avalado por la gestante) en cuanto a que se inscriba al niño V como hijo del Sr. T y del Sr. S.-

Dicha petición es resistida por los Sres. Representantes del Ministerio Público, quienes consideran y así lo solicitan, que debe ordenarse la inscripción de nacimiento del pequeño V como hijo de la Sra. M y del Sr. T, con posibilidad de adopción integrativa plena por parte del Sr. S.-

III.1.) Al respecto, corresponde recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como criterio general el de multiplicidad de formas familiares. Tal criterio debe informar los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes, de modo tal que no se regule un único modelo de familia -en general, la tradicional, es decir, la matrimonial y basada en la unión heterosexual-, sino que se contemple la diversidad de formas posibles de conformarla.-

El art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, e instituye su protección a cargo de la sociedad y el Estado.-

Como se observa, el derecho convencional no protege una única forma de conformación de la familia, sino que, por el contrario, la protección se encuentra destinada a la diversidad de formas familiares que puedan presentarse.-

Así es que la Corte Interamericana constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma y rechaza las percepciones limitadas y estereotipadas del concepto de familia, pues ellas no tienen base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (Corte IDH, 24/2/12, Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párrafos 142 y 145).

Por otro lado, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece en el art. 1.1 que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, y en el art. 2 que, si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.-

De allí que los Estados deben adecuar su derecho interno, previendo tal multiplicidad de formas de organización de las familias y brindándoles la consiguiente protección.-

De los Fundamentos elaborados por la Comisión redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), se desprende que, al respecto, la regulación se asienta sobre el principio de “democratización de la familia”, plasmando así un articulado para una sociedad multicultural, plural e igualitaria, permeado especialmente por la doctrina internacional de los derechos humanos.-

En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación ha observado el principio de multiplicidad de formas familiares, el que ha sido influido especialmente por el proceso denominado como “constitucionalización del derecho privado”. Las directrices del derecho convencional han permeado el ordenamiento jurídico interno de la Argentina, mediante la regulación de diferentes tipos familiares, como por ejemplo las uniones convivenciales y uniones matrimoniales, independientemente del sexo de sus integrantes, la familia ensamblada, la monoparental, etc.-

Específicamente, en la materia, se ha regulado la filiación mediante tres fuentes: por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción.-

La novedad en el campo se introduce con la regulación de la filiación mediante técnicas de reproducción asistida. Se ha sostenido que “desde el punto de vista constitucional-internacional, la regulación en el Código Civil y Comercial de la TRHA constituye una decisión de política legislativa obligada. Sucede que el Código se interesa, entre otras tantas otras cuestiones, en determinar quiénes tienen vínculo filial, es decir, a qué personas la ley les reconoce lazo filial con todos los derechos y deberes que se derivan de esa relación jurídica” (LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LLOVERAS Directoras, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. II, pág. 416).-

La fuente filiatoria que deriva de las técnicas de reproducción humana asistida esta dada por la llamada “voluntad procreacional”, elemento que será determinante para establecer los lazos filiales del nacido.

Es decir, la voluntad procreacional tiene el efecto de desplazar el elemento genético o biológico por el volitivo.-

La voluntad procreacional ha sido definida como “la intención de crear una vida mediante las posibilidades que ofrecen los progresos científicos y tecnológicos, y asumir, en consecuencia, todos los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental con relación al hijo nacido” (FAMÁ, María Victoria, Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, 106).-

Al respecto se ha señalado que cuando se recurre a técnicas de reproducción humana asistida, 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 quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido (HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora en Tratado de Derecho de Familia, KEMELMAJER DE CARLUCCI - HERRERA - LLOVERAS Directoras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, p. 503).

Desde la misma óptica se ha dicho que el hijo nace precisamente por una exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e indiscutible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente del nacimiento (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación de la fecundación asistida”, cit en Tratado de Derecho de Familia, KEMELMAJER DE CARLUCCI - HERRERA - LLOVERAS Directoras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, p. 503/204).-

Ahora bien, como se señaló, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido como fuente de filiación a las técnicas de reproducción humana asistida -en rigor, la voluntad procreacional-, la derivada de la denominada “gestación por sustitución”, que oportunamente había sido incorporada en los artículos 561 y 562 del Anteproyecto del CCCN, finalmente fue suprimida del texto definitivo aprobado por la ley 26.994, quedando, en cambio, establecido en el artículo 562 que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.-

Cabe recordar que, el artículo 1º del CCCN dispone:

“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.-

El artículo 2º, por su parte, establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.-

De los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se desprende que se destaca en primer lugar la ley, “porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión contra legem... La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción”.-

Como se ha dicho, la expresión ‘palabras de la ley’ “evoca el conocido elemento de interpretación gramatical de la ley, que indica que es a las palabras a las que corresponde recurrir en primer lugar...Pero debe desecharse circunscribir la interpretación al elemento literal sin completar o controlar los resultados con el empleo de los restantes criterios: solo entonces podrá quedar en claro el verdadero significado de la ley” (TOBÍAS, José E., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Jorge H. ALTERINI (Director), Ed. La Ley, 2015, t. I, p. 16).-

Por otro lado, debe tenerse en consideración la finalidad de la ley, lo que implica buscar cual es el objetivo o fin último de ella, escenario en el que se ha dejado de lado la referencia a la intención del legislador.-

Sobre este punto, me permito recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que, “por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente (Fallos: 312:1614; 315:38, 2157; 318:879; entre otros).

No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y, en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (Fallos: 312:111; 319:1840).

Por otra parte, la adecuada hermenéutica de la ley debe buscar el sentido que la torne compatible con todas las normas del ordenamiento vigente, del modo que mejor se adecue al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 314:1445; 321:730 y sus citas, entre otros)” (CSJN, 23/10/2001, “Echavarría, Ana María Lourdes c/ Instituto de Obra Social” Fallos 324:3602).

Ello fue expresamente receptado por los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Señala Highton que “la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos

sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye un principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Si la ley es susceptible de dos interpretaciones siendo que según una de ellas la ley sería considerada inconstitucional, y según la otra válida, es deber del tribunal adoptar la construcción que salve la ley de la inconstitucionalidad”.-

Concluye la autora, con cita de precedentes de la Corte Suprema de Justicia la Nación (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros), señalando que “ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la “ultima ratio” del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna” (HIGHTON, Elena I., “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Numero extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial”, 2015, Ed. Rubinzal-Culzoni).-

Por último, corresponde recordar que del Dictamen de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, se lee que “la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma”.-

De todo lo que hasta aquí se lleva dicho, cabe concluir que la denominada “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada” no constituye una práctica ni admitida ni prohibida por la normativa aludida, sino en todo caso ineficaz a los fines pretendidos por los sujetos involucrados, en tanto que, en los términos del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, el niño que nazca será hijo de la mujer que hubiese dado a luz -hubiese o no aportado los gametos-, o en otras palabras, no podrá soslayarse o prescindirse de la maternidad de quien da a luz, quien será quien, como regla, tenga su vínculo filial con el bebé, decisión legislativa que “a priori” no vulnera los parámetros constitucionales y convencionales antedichos, y que además, no corresponde a los jueces evaluar en abstracto sino únicamente en su aplicación y a la luz del caso que se hubiese sometido a su conocimiento.-

III.2.) Por consiguiente, y en este estado, corresponde evaluar si en el caso concreto, la previsión del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente y la falta de previsión legal de la “gestación por sustitución” y por ende del desconocimiento de la maternidad de quien da a luz y el reconocimiento a favor de quien manifestó la voluntad procreacional, constituyen –se reitera, para esta caso en concreto- una regulación inconstitucional y lesiva de los derechos fundamentales de los peticionantes y principalmente del niño V.-

En este sentido, a los fines de resolver un caso como el traído al presente, estimo que debe observarse entonces lo dispuesto por los artículos 14, 16 y 28 de la Constitución Nacional, en consonancia y principalmente, con los artículos 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN); ello, para determinar si la regulación prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación para la resolución del caso, resulta razonable y acorde con los derechos fundamentales en juego.-

El artículo 28 de la Carta Magna dispone que los principios, garantías y derechos reconocidos en su texto, no puedan ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Es decir, el texto constitucional reconoce que los derechos puedan ser reglamentados por el Parlamento, sin que se alteren gravemente los principios, derechos y garantías reconocidos, bajo el pretexto de reglamentación.-

Queda así en manos de la magistratura observar si se ha respetado el “principio de razonabilidad”, permitiendo el efectivo goce de un derecho reconocido por la Constitución Nacional y/o tratados con tal jerarquía. Tal control debe hacerse, como se manifestó, mediante el andamiaje de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional y de los artículos 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es que, “de la conjunción de ambas disposiciones puede sostenerse que una ley es razonable cuando haya reglamentado un derecho sin alterar su sustancia” (IRIARTE, Luis, en “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, SABSAY (Dir.)- MANILLI (Coord.), Hammurabi, p. 1094).-

Por otro lado, debe señalarse que la inconstitucionalidad de una norma debe ser considerada como la ultima ratio. Así es que el Máximo Tribunal nacional ha sostenido que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico”, siempre que la violación de la Constitución sea manifiesta e indubitable y, de una entidad tal, que justifique la abrogación de la norma (Fallos, 307:531, 256:602; 258:255; 288:325; 290:83; 292:190; 301:963; 306:136; 322:842; 325:1922; 327:831, entre otros).-

Tal podría ser el caso en que se demuestre que la aplicación de una norma -al menos en un supuesto concreto- implica la vulneración de uno o más derechos fundamentales reconocidos en el texto original de nuestra Carta Magna y en los diversos instrumentos de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad (conf. art. 75 inc. 22°, CN).

Es que, se insiste, la declaración de inconstitucionalidad opera incluso cuando una norma que en principio regula razonablemente los derechos en juego, en el caso concreto y por los elementos aportados, se advierte que avasalla irrazonablemente, es decir desproporcionadamente otros derechos de raigambre constitucional que, pueden merecer

igual o mayor tutela.-

Y en nada empece a lo dicho, lo manifestado por la Sra. Fiscal a fs. 173/175 en cuanto a que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es “de orden público” en tanto que, si bien el examen en tal caso debe ser desde ya riguroso -como el que aquí se efectúa-, no puede perderse de vista que tal criterio supondría, en definitiva, trastocar el orden jerárquico de las normas previstas por el art. 31 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo dispuesto por el art. 1 de CCCN, agravado en el caso por los intereses superiores involucrados, y que a tenor de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 26.061 también son irrenunciables, intransigibles y de orden público, en concordancia con lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que posee jerarquía constitucional.-

Precisamente, dicho examen presupone separar los intereses y voluntades de los particulares, incluso la eventual letra de la ley, dando prevalencia a la solución del caso que más satisfaga el interés del niño.-

Como se ve seguidamente, tal ponderación -siempre polémica y opinable- no se efectúa a partir de consideraciones dogmáticas y abstractas sobre aquel interés superior, sino a partir de la realidad concreta de la familia y de las personas que se presentan ante este Tribunal.-

III.3.) A la audiencia designada a fs. 145, compareció la Sra. M acompañada por sus letrados, Dres. Mariana Inés Rodríguez Iturburu, Natalia De La Torre y Andrés Favio Gil Domínguez y los Sres. S y T, acompañados por su letrado, Dr. Andrés Favio Gil Domínguez y en presencia de la suscripta, del Sr. Defensor de Menores e Incapaces, Dr. José Atilio Álvarez, y el Secretario del Tribunal, Dr. C. Martín Torrillo la Sra. M ratificó lo plasmado en la escritura pública acompañada a fs. 3/7, y lo manifestado en el escrito de inicio de fs. 43/59, manifestando expresamente que reconoce la voluntad procreacional de los Sres. S y T respecto de V como copadres.-

Ello, en consonancia con lo expresado en el instrumento que en copia certificada obra a fs. 3/7, oportunidad en que la gestante manifestó: “a) que es una gestante sustituta del embrión/es conformado/s por los gametos masculinos aportados por el copadre H y los gametos aportados por una ovodonación anónima, y que en consecuencia no aportó sus gametos; b) que tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) que no recibió ninguna retribución por parte de los copadres o de ninguna otra persona en su representación o nombre para desarrollar el procedimiento de gestación por sustitución; d) que nunca se sometió a un procedimiento de gestación por sustitución; e) que es madre de los niños 1) C.R.D.M (...), 2) I.S.M.C. (...), 3) A.C.M. (...), 4) I.M.M. (...); f) que tiene tercer año de secundario en Perú; g) que es diplomada en del Instituto Gastronómico Internacional; i) que reconoce la voluntad procreacional del copadre C respecto del niño/s o niña/s que nazca/n mediante el procedimiento de gestación por sustitución; j) que reconoce a efectos de la inscripción registral la copaternidad del copadre H respecto del niño/s o niña/s que nazca/n mediante el procedimiento de gestación por sustitución; k) que el procedimiento de gestación por sustitución no implica ninguna clase de menoscabo respecto de su cuerpo, libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía” (sic).-

Como corolorario de lo hasta aquí expuesto, se extraen las siguientes conclusiones:

-Los Sres. T y S se encuentran unidos en convivencia desde el año 2011, unión convivencial que fue inscripta con fecha 27 de enero de 2016, con ambos integrantes masculinos que, por fuerza, no pueden concebir en el seno de su pareja a un hijo, sino recurriendo a la gestación de una tercera persona.-

-A fojas 8/15 obra el consentimiento previo, libre e informado del Señor T.-

-La gestante ha sostenido con anterioridad y con posterioridad al nacimiento (v. fs. 3/7 y 148) de V su voluntad de no mantener vínculo jurídico con el pequeño y su expresa voluntad de reconocer a los Sres. S y T como los copadres del pequeño, y hasta el día de la fecha no se ha opuesto a la petición de los nombrados, sino que ha ratificado su postura en todo tiempo, incluso ante audiencia celebrada personalmente y con patrocinio letrado propio ante la suscripta, el Sr. Defensor de Menores y el Secretario del Juzgado (ver acta de fs. 148)

- Que desde el nacimiento de V, quienes se han ocupado de sus cuidados han sido los Sres. S y T, y no la Sra. M.-

-Que el niño V fue concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, a través de la “gestación por sustitución”, es decir, por una tercera persona, pero que se integraría a la familia “T-S”, quienes también desde el inicio y hasta el día de la fecha, han exteriorizado su voluntad en tal sentido (fojas 3/7, 127/128, 138/140, entre otras).-

- Que en la entrevista mantenida con fecha 11 de septiembre de 2017 (v. fs. 148) pude apreciar personalmente el cuidado y cariño proferido a V por los Sres. T y S.-

III.4.) Sentado lo expuesto, la solución al caso del niño V, no puede ser otra que la que proponen los peticionantes, esto es, la inscripción de su nacimiento como hijo de ambos, aunque por los fundamentos que particularmente y en aplicación a este caso en concreto se explicitan luego, pues más allá del enjundioso dictamen del Señor Defensor de Menores, no es posible hallar la solución al caso del pequeño en las normas sobre adopción.-

En este orden de ideas, el Sr. Defensor de Menores también solicita que se ordene la inscripción de nacimiento del pequeño V como hijo de la Sra. M y del Sr. T, con la “posibilidad de adopción integrativa plena por parte del Sr. C”. Es decir, no peticiona la declaración de adopción de integración con efectos de plena, sino la inscripción con “posibilidad”, lo cual evidentemente deja en un estado de absoluta ficción al niño, cuyo interés superior cabe velar en

un plazo razonable y en tiempo propio.-

Sobre este punto, corresponde señalar en primer término que si bien las técnicas de reproducción humana asistida y la adopción pueden presentar componentes similares, en lo sustancial son disímiles, específicamente en lo que hace al elemento volitivo, pues en un caso se presta con anterioridad y en el otro con posterioridad.-

En este aspecto la doctrina ha sido conteste en diferenciar la filiación por técnicas de reproducción humana asistida de la filiación adoptiva, pues si bien se asemejan dado que en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, el momento en el que se exterioriza la voluntad difiere en uno y otro caso (Véase HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora en Tratado de Derecho de Familia, KEMELMAJER DE CARLUCCI - HERRERA - LLOVERAS Directoras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, p. 427).-

Por otra parte, no puede soslayarse el efecto principal de la adopción por integración, cual es el de trasladar al plano jurídico una integración familiar que suele estar consolidada en los hechos.-

Es que no puede desconocerse que la institución de la adopción -en el caso, de integración-, tiene como fin el de integrar a un niño o adolescente a una familia en la que uno de sus progenitores ha contraído matrimonio o se encuentran unido en unión convivencial, “y desean que ese hijo de uno de ellos sea un hijo en común, un hijo de ambos para integrar o constituir una única familia en lo jurídico porque -seguramente- ya la constituyen en la práctica” (CNCiv., Sala C, 1/6/2000, E.D. 188-688).-

Por ello, teniendo en consideración las particularidades del caso, donde la voluntad procreacional de los peticionantes se ha manifestado antes del nacimiento de V, admitir que el presente caso podría enmarcarse como un supuesto de adopción de integración llevaría, a la postre, a desvirtuar el instituto adoptivo, forzando su espíritu y fundamento (arts. 1 y 2 del CCCN).-

Así las cosas, entonces, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad, para el caso del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, no puede soslayarse la principal pauta que gobierna la materia, cual es que la decisión a la que se arribe debe primordialmente ponderar, atender y ajustarse al interés superior de los niños.

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (CIDH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LL 2003-B, 312); y la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 lo definió como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley” (art. 3°).-

El interés superior del niño, según las precisiones que ha realizado nuestra Corte Suprema, apunta a dos finalidades básicas, cuales son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio de intervención institucional destinado a protegerlo (Fallos 328:2870). Implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos, 318:514), debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción... (cfr. CSJN, Fallos, 331:2691).-

Ahora bien, la Observación General Nro. 14 del Comité de los Derechos del Niño del año 2013 ha precisado que el “interés superior del niño” es un concepto tripartito, comprendido por un derecho sustantivo, un principio jurídico imperativo fundamental y una regla de procedimiento.-

Respecto a la evaluación y determinación del interés superior, la Observación General estima que los responsables de la toma de decisiones deben contemplar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño; pauta que debe erigirse como rectora en un supuesto como el planteado en autos.-

Por otro lado, enseña la referida Observación General que otro de los elementos que debe ser tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño es el derecho a la identidad. Al respecto se ha sostenido que “si bien la identidad del individuo posee diversas dimensiones -estática, dinámica y cultural-, el origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, de modo que el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional” (SCBA, del voto del Dr. Pettigiani en “B., M. y otros s/ filiación”, 6/4/2016).-

Además, se ha encomendado a los Tribunales que al momento de implementar el principio del interés superior del niño, éstos deben analizar sistemáticamente de que forma los derechos y las conveniencias del niño se verán afectados por las decisiones que se habrán de asumir, regla que impone ponderar la implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo (del dictamen de la Sra. Procuradora General de la Nación ante la CSJN, en autos “ M.D.R,R y otra s/nulidad de sentencia e impugnación de declaratoria de herederos”, 26/9/2012).-

Como se ve, el interés superior del niño constituye una pauta genérica y amplia que debe ser evaluada en cada caso en concreto para, por ejemplo, desconocer la aplicación de normas expresas.-

Y es en este caso en concreto que la solución legal para la situación del niño prevista por el artículo 562 del Código

Civil y Comercial de la Nación (a partir de las características y voluntades expresadas y sostenidas por la gestante y los peticionantes, y demás circunstancias ya reseñadas del caso) no consulta su superior interés, en tanto que la consagración de la filiación del modo allí establecido, le impondría a V una absoluta ficción en los hechos, atentatoria contra la estabilidad familiar que precisa para su evolución, desarrollo e identidad -en los términos convencionales y constitucionales arriba descriptos-, si se tiene en cuenta la voluntad expresada libremente por la gestante, Señora M, antes, durante y después del nacimiento y sostenida hasta el día de la fecha, de no ser ni considerarse progenitora de aquél y de haber sólo aportado su vientre a los fines de la gestación y en cumplimiento de la voluntad procreacional manifestada por los Sres. S y T.-

Así las cosas, no puede perderse de vista entonces que ningún beneficio le aportaría a V si en el caso en concreto se le impusiera la letra de la ley, y no ya como sinceramiento de los actos llevados a cabo por los adultos, sino a partir de la preservación de su superior interés.-

Como se ve, no se trata aquí de establecer apriorísticamente y en abstracto la procedencia de la “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada” -modalidad no admitida por nuestro ordenamiento legal como fuente de filiación ajena de quien da a luz, y cuya regulación debe ser resuelta por los órganos constitucionales competentes-, así como tampoco ponderar criterios bioéticos en materia de filiación y mucho menos la validez o eficacia de la renuncia a la maternidad expresada por la Señora R.a fojas 3/7 -puesto que en el caso no se ha presentado conflicto entre aquélla y el pretense progenitor comitente-, sino constatar si los derechos e interés superior de V se ven adecuadamente resguardados por la normativa infraconstitucional vigente.-

A ello se le agrega que los pretensos progenitores de sexo masculino, por características naturales, se encuentran imposibilitados de procrear en el seno de la pareja.-

Y a lo dicho se le suma que sí se encuentra expresamente prevista la voluntad procreacional como fuente de filiación en materia de técnicas de reproducción humana asistida en los artículos 560 a 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con las limitaciones y alcances antedichos.

Ya se ha sostenido que “una aplicación literal de la norma (art. 562 CCCN) en conjunción con lo previsto por el art. 565, lleva a concluir que en el CCyCN la maternidad de los nacidos por TRHA siempre queda determinada a favor de la gestante. Sin embargo, esta interpretación resulta contradictoria con la regla de la voluntad procreacional emergente del art. 562 del CCyCN, regla a partir de la cual debe determinarse la filiación en los casos de TRHA. La discordancia entre ambas previsiones, sumada al silencio legal, ha dado lugar a un activo rol de la jurisprudencia tendiente a dilucidar la filiación de los nacidos a través de esta práctica. Sin perjuicio de los diferentes contextos que rodearon estas decisiones, un mismo argumento se reitera en todos los precedentes: en los casos de gestación por sustitución la filiación debe quedar determinada por la voluntad procreacional, no por el hecho del parto.

Ésta es, en definitiva, la solución que mayores derecho garantiza, tanto para los progenitores como para el niño, cuyo interés exige el reconocimiento de su identidad dinámica y socioafectiva” (FAMÁ, María Victoria, Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. I, 229/230).-

Finalmente, entiendo que la solución final a la que se arriba no puede ser tomada sin declarar para el caso la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, por oponerse evidentemente a aquélla. En ese sentido bien se ha señalado -al comentarse una sentencia dictada en vigencia de la anterior legislación por un juzgado nacional en la que se admite la “maternidad subrogada”-, que el fallo contradice lo dispuesto por el art. 242 del Código Civil -actualmente derogado-, sin declarar su inconstitucionalidad en el caso, lo que significa dejar de aplicar una norma sin invalidarla jurídicamente, lo que de por sí es muy grave porque convierte al juzgador en legislador (AZPIRI, Jorge O., Juicio de filiación, 4ta ed, Hammurabi, Bs. As., 2017, p. 95).-

Por lo tanto, a la luz de lo expuesto, en concordancia con lo previsto por los artículos 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2, 3 y 11 de la ley 26.061, 706, inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación y demás citados supra, en estricta protección y satisfacción del interés de V, teniendo en cuenta además la imposibilidad de la pareja de H y C de concebir o procrear dentro de ella y sus voluntades libremente expresadas y sostenidas en tal sentido, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 560 a 562 del CCCN, ponderando especialmente la ausencia de oposición de la gestante y su voluntad expresamente manifestada y las demás circunstancias del caso ya reseñadas y merituadas “supra”, corresponde, pues, declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto reputaría a V como hijo de la Sra. M. y ordenar, por consiguiente, la inscripción del nacimiento de V. como hijo de H. y C..-

IV.) Nombre de V

En cuanto al nombre del pequeño, es de aplicación el art. 64 del CCCN, en su parte pertinente, en cuanto dispone que el hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges y que, a pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se pueda agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.-

La referida norma es de aplicación analógica al presente, pues sin perjuicio que los peticionantes no han contraído matrimonio, han formalizado su unión convivencial.-

Por lo expuesto y ateniendo a lo oportunamente resuelto en autos 31689/2016 en cuanto al nombre de los hermanos A, Ay V, corresponde que el pequeño se inscriba como V (arg. art. 64, segundo párrafo CCCN).-

V.) Derecho a conocer la realidad gestacional

Finalmente, cabe hacer mención al derecho que le asiste al pequeño de conocer cual ha sido su realidad gestacional, teniendo en cuenta que V ha sido concebido mediante la práctica denominada gestación por sustitución, con lo cual, la realidad gestacional es la que en el presente cobra vitalidad.-

Es que, dentro de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, cobra especial relevancia el elemento dinámico de la identidad, “basado más en la intención y el desarrollo, en los vínculos y lazos que se construyen de ello, como es el que prima en la filiación derivada del uso de las TRHA” (LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERAS Directoras, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, pág 558).-

Esta realidad gestacional adquiere rasgos y caracteres propios que hacen al derecho a la identidad del pequeño, realidad que se impone hacer saber a V cuando cuente con la edad y grado de madurez suficiente (arg. arts. 563, 564 y 596 CCCN).-

Por ello, son de aplicación al sublite en éste aspecto lo prescripto por los artículos 563, 564 y 596 del Código Civil y Comercial de la Nación; todas normas que resguardan debidamente el derecho de identidad del niño.-

Por un lado, deberá darse estricto cumplimiento a la previsión del artículo 563 del CCCN, en cuanto dispone que la información relativa a las personas que han nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.-

Por otro lado, en cuanto al acceso a la información y al conocimiento de la realidad gestacional de V, deberá observarse lo dispuesto por el art. 564 del CCCN, en cuanto a los derechos que le asisten y, de acuerdo al modo en el que se resuelve la presente, también deberá estarse a lo dispuesto por el art. 596 del CCCN, en lo pertinente.-

VI.) Como cierre, me permito reiterar lo ya dicho en autos nro. 31689/2016 con relación a la inscripción de nacimiento de los mellizos A y V, en cuanto que no se está en esta resolución juzgando sobre el gran debate doctrinario en torno a la procreación por sustitución, sino solamente resolviendo el caso particular traído a esta jurisdicción como corresponde a un juez y según el mejor interés del pequeño.

Es que, como señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades, “queda totalmente desvirtuada la misión específica de tribunales especializados en asuntos de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar” (CSJN, “Torres s/adopción”, del 15/2/2000, Fallos 323:91).-

En consecuencia, el niño quedará inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas como VTS, hijo de H y C.-

Por los fundamentos expuestos, normas legales, doctrina y jurisprudencia citada, oídos los Sres. Representantes del Ministerio Público a fs. 149/171 y 173/175, RESUELVO:

I) Declarar para este caso concreto y por los fundamentos expuestos en el considerando tercero, la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia, ordenar la inscripción del niño V, nacido el 10 de enero de 2017 a las 15:17 horas, en el Hospital Alemán (Av. Pueyrredón 1640 CABA), de sexo masculino, conforme surge de la documentación que en copia certificada obra a fs. 2, quién deberá ser inscripto como hijo de H y de C, llevando el nombre de V;

II) Imponer a los peticionantes la obligación de hacer saber al pequeño V su realidad gestacional;

III) Notifíquese a las partes y a los Ministerios Públicos en sus despachos;

IV) Firme que se encuentre la presente, inscribáse en el Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas, a cuyo fin oficiése haciéndose constar los datos de las partes y del niño, debiendo dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el art. 559 y 563 del CCCN;

V) Líbrese oficio al centro medico interviniente para que proceda al resguardo de los datos de la donante de los óvulos utilizados en el procedimiento de fertilización llevado a cabo;

VI) Asimismo, comuníquese al Ministerio de Salud a efectos que, por la vía y forma que corresponda, disponga las medidas que entienda necesarias para garantizar la preservación de la información relativa a los donantes (arg. art. 564 del CCCN); VII) Oportunamente, archívense las presentes actuaciones, con conocimiento del Centro de Informática Judicial.-