

**Fallo:**  
**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala K**

Autos: F., R. R. y Otro c/G. P., M. A. s/Impugnación de Filiación

Fecha: 28/11/2020

Buenos Aires, 28 Octubre de 2020.-

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El Dr. Osvaldo O. Álvarez dijo:

Contra el pronunciamiento de fs. 109/116, en cuanto desplaza la filiación materna de la menor de edad H. M. F. y admite el emplazamiento filial, a su respecto, de R. R. F. y D. H. R., apela a fs. 124 vta. el Ministerio Público, expresando agravios el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 132/139; los que previo traslado de ley fueran contestados a fs. 147/154 por M. A. G. P.; a fs. 189/195 por la representación de R. R. F. y D. H. R.; a fs. 197/199 por el Defensor Público Tutor y a fs. 205/207 por la Sra. Defensora de Menores de Cámara.

En la especie, los Sres. R. R. F. y D. H. R. -por medio de apoderada- interpusieron acción de filiación contra la Sra. M. A. G. P., respecto de la hija H. M. F. para que se la desplace de su estado de madre, ordenándose la rectificación de la partida con la verdadera identidad de la menor.

Expusieron que la niña nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Señalaron haberse conocido el 13 de febrero de 2002, iniciando una relación de pareja en marzo del mismo año. A los pocos meses se mudan juntos al departamento que alquilaba el primero y en el mismo año finaliza el segundo su carrera de contador público. Ambos compraron, luego, un automóvil, una mascota y en el año 2003 su primer departamento cumpliendo el sueño de la casa propia. En el 2005 se trasladaron a un inmueble sito en el barrio de Palermo, concluyendo R. su licenciatura en Fonoaudiología y luego un profesorado de Biología, mientras que D. finalizó un MBA en Finanzas.

Exponen que, en tal contexto, soñaron con tener una familia completa y hablaron de sus deseos de ser padres, para lo cual comenzaron a estudiar

distintas alternativas. El 22 de mayo de 2014 contrajeron enlace y R. finalizó una Maestría en Gestión Educativa.

Refirieron que M., quien trabaja desde igual año para ellos, les ofreció "motus proprio" de manera libre, altruista y desinteresada gestar en su vientre el hijo de ellos lo que felizmente aceptaran concurriendo al Instituto Médico Halitus en donde se llevó adelante un proceso de útero portador. Ello se logró con el material genético masculino que aportaran ambos y mediante ovodonación.

Nacida la niña el 17/10/2016 se pudo constatar, con el ADN realizado en la Fundación Favaloro, el vínculo biológico con R. F., quien concurrió junto con la gestante a realizar la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con la finalidad de que la niña tuviera su partida y su DNI., hasta tanto D. pudiera alcanzar judicialmente su condición de progenitor. Así la niña fue inscripta en el citado organismo consignándose, como madre, a M. A. G. P. y como padre a R. R. F.

Exponen, también, que tal ADN excluyó el vínculo biológico de H. con M. A. y con D. R. Remarcaron que aquélla no tuvo voluntad procreativa sino la de ser una mujer portadora, quedando ello plasmado en los consentimientos informados que, previa y libremente, fueran celebrados ante escribano público.

Contrariamente, los accionantes alegan ser sus progenitores en mérito a haber exteriorizado en aquél su "voluntad procreacional" habiendo asumido la responsabilidad parental desde el nacimiento de H.

Sostienen, a su juicio, que como consecuencia de lo narrado debe admitirse el desplazamiento del estado de madre de la subrogante y otorgarse una nueva partida en la que conste la realidad biológica de la menor de edad con los datos de los actores como padres.

Que a fs. 86, la Defensoría Pública Tutoría nº 1 se notificó de lo actuado en el expediente, aceptando su titular el cargo de tutor de la menor de edad. En tal calidad, solicitó se reencause la acción quedando promovida la demanda de impugnación de filiación contra M. A. G. P. y promoviendo demanda de filiación contra el Sr. D. H. R. con fuente filial en las TRHA. A fs. 95 se amplió la demanda impugnándose la paternidad por reconocimiento que hiciera R. R. F. por tratarse de una regla de filiación por naturaleza y no por THRA.

Celebrada en la sede de la Defensoría Pública Tutoría 1 una audiencia a la que concurrieran las partes con sus respectivas letradas, la Sra. G. P. informó que es de estado civil soltera y que nunca estuvo casada. Se dijo, asimismo, en aquella oportunidad que tanto la gestante como los comitentes (F.-R.) accedieron oportunamente, en forma voluntaria, a la práctica médica de la cual se desprende su voluntad procreacional; prestando conformidad con las acciones entabladas, solicitando que la niña sea inscripta con el nombre de H. M. R. F. Bajo tal lineamiento, sostuvo el Tutor que, aplicando la regla de la voluntad procreacional

prevista en el art. 562 del CCCN de un modo extensivo respecto del otro miembro de la pareja matrimonial (pues para uno de ellos ya lo prevé en forma expresa y no distingue, según se trate o no, de un caso de gestación por sustitución) quien de otro modo quedaría desplazado por quien dio a luz. Sostuvo que sería discriminatorio, en perjuicio de las parejas conformados por dos hombres (matrimoniales o extramatrimoniales) para quienes existe imposibilidad de filiación por naturaleza (excepto el supuesto de la ley 26.743) solo quedaría la vía de adopción, excluyéndoseles arbitrariamente de la aplicación de una de las fuentes filiales reconocidas en el código.

A fs. 102/105 la Fiscal de grado dictaminó solicitando se rechace la presente acción, en la inteligencia de que al señalar el art. 562 del CCCN que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, elimina de nuestro sistema jurídico la llamada gestación por sustitución. Afirmó, también, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales; cualquiera sea su naturaleza (cfr. art. 588 del CCCN) y que de darse otra inteligencia se resolvería contra legem y afectándose el orden público (cfr. art. 12 del CCCN).

La Defensora de Menores, con basamento en los arts. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, a fin de dar respuesta jurídica a las situaciones que se presentan en la sociedad de hoy en día solicitó se haga lugar a las pretensiones.

La sentencia a fs. 109/116 hizo lugar a la demanda, declarando que H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. Dispuso, asimismo, el libramiento de oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de que se proceda a la rectificación de la partida de nacimiento de la menor de edad y se expida una nueva conforme lo dispuesto en el art. 559 del CCCN consignándose como nombre de la niña H. M. R. F. Ordenó, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial es por TRHA, conforme los presupuestos del art. 563 del CCCN y librar oficio a Halitus Instituto Médico SA a fin de que proceda al resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Con costas en el orden causado.

Para así resolver la sentencia ponderó:

1º) que las partes habrían prestado su consentimiento previo cumpliendo con lo previsto en los arts. 560 y 561 exteriorizando la voluntad procreacional; 2º) que como consecuencia del tratamiento que ha recibido la gestación por sustitución a nivel nacional en los proyectos legislativos se debe dar respuestas y no ignorar la realidad social, particularmente en parejas de personas homosexuales; 3º) que en virtud del principio del interés superior del menor de edad la respuesta más justa era reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser padres con fundamento en que la fuente de la filiación es la "voluntad procreacional" (cfr. art. 588 CCCN) y 4º) que la gestación por sustitución es la posibilidad que tiene una pareja integrada por dos varones de concebir un hijo en forma conjunta y de que esta tenga relación genética con la pareja

o con uno de ellos al menos agregando la sentencia que ello "claramente es preferido a la filiación por adopción".

Contra dicho pronunciamiento se agravia el Ministerio Público Fiscal en la inteligencia que se aparta de las normas filiatorias que rigen el caso sin que la sentencia hubiese declarado su inconstitucionalidad. Sostiene que al haber el legislador suprimido la figura de gestación por sustitución no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida. Expresa que ello guarda coherencia con el texto del art. 562 CCCN cuya regla es que el vínculo filiatorio se genere con la mujer que dio a luz al niño y, asimismo, con el art. 558 del citado código, en cuanto únicamente pueden existir dos vínculos filiatorios.

Refiere que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (cfr. art. 700 del CCCN) concediendo su adopción plena a quien manifiesta expresamente su voluntad procreacional. Así la adopción de integración que contempla el art. 630 del CCCN establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

Argumentó que la decisión de grado carece del debido fundamento legal e implica un apartamiento del derecho aplicable, por otro lado, indisponible para las partes. Solicitó se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido.

En responde a dicho dictamen la demandada G. P. cuestiona, según sus términos, la falta de especificidad en la materia del apelante para recurrir lo meritado por el "a-quo". Alega que el otrora principio rector "mater semper certa est" ha sido superado receptando las nuevas formas que adopta la sociedad, la cultura y el derecho. Que la interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos y de organismos de su contralor. Que la ley debe interpretarse tomando en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad; y que la decisión no afecta el orden público por cuanto la gestación por sustitución no se encuentra prohibida.

Refiere, asimismo, que no existe una pareja que adopta al hijo de su compañero, sino que ha existido un embrión que se creó con ovodonación para que ambos puedan ser padres desde antes que naciera la hija, en el caso, de ambos. Solicitan se confirme el fallo.

A su turno, F. y R. se adhieren a la contestación de la codemandada G. P., remarcando que, a la luz de la redacción del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación quedan afuera de su ámbito de aplicación las parejas homosexuales masculinas. Sostuvieron que al no haber contraprestación no ha mediado contrato de gestación por sustitución, que la sentencia no es arbitraria y que la tesis de la fiscalía es opuesta a la normativa internacional.

Por su parte, el Tutor se adhiere a las contestaciones de los demandados. Expresa que por partir el apelante de premisas opuestas a la del juez

arriba a un resultado erróneo. Propicia interpretar que el emplazamiento filial según la voluntad procreacional con fuente en el consentimiento informado aplique, en este caso, para R., interpretación que por considerarla adecuada torna innecesaria tener que declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego. Pide se rechacen los agravios expresados y se confirme el pronunciamiento recurrido (cfr. fs. 197/199).

La Sra. Defensora de Menores de Cámara, por su parte, adhirió a los fundamentos expuestos por el Fiscal a fs. 132/139, los cuales comparte en lo general. Sostiene que la norma contenida en el art. 562 del CCCN resulta aplicable a todos los casos, incluso al supuesto de marras. Que la sentencia agravia a su defendida en su derecho a la identidad al hacer desaparecer de escena a la madre gestante quien ha sido parte esencial para su desarrollo y posterior nacimiento.

Expresa que la inscripción del nacimiento conforme el artículo citado y luego -en su caso- la posterior adopción integrativa importa un reconocimiento pleno de la identidad de origen de H. y respeta su realidad gestacional. Solicita se admitan los agravios y se revoque la resolución de grado.

A fin de resolver la cuestión cabe tener en cuenta que el Ministerio Público Fiscal actúa en el marco de la esfera propia de su competencia custodiando los intereses que le encomienda el ordenamiento jurídico de conformidad con lo normado por el art. 120 de la Constitución Nacional y arts. 2º y 31 de la ley 27.148, de allí que lo alegado por la parte demandada en cuanto a la falta de especificidad, no resulte idóneo para enervar su planteo. Respecto al marco normativo del tema en trato, resulta útil recordar que el art. 12 del CCCN dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley.

En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir. Establece el art. 558 del CCCN que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida -matrimonial y extramatrimonial- surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Por su parte, el art. 562 establece que los nacidos por las mencionadas 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. De

igual modo, el art. 588 del CCCN explicita que en los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. Este último puede iniciar la acción en cualquier tiempo. 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 consentimiento previo, informado y libre.

Ahora bien, en una primera aproximación al tema surge del análisis derivado del ensamble teleológico de las normas en cuestión que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los "hijos de quien da a luz" y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre. Cabe aquí tomar en cuenta que el artículo no habla de mujer, en concordancia con la ley 26.743 de Identidad de Género, atento a que como esta norma no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, eventualmente podría, en tal contexto, presentarse un hombre embarazado que haya acudido al TRHA.

Así, la declaración de voluntad de someterse a estas técnicas médicas para lograr el embarazo (consentimiento informado) llamada "voluntad procreacional" es el origen de la filiación por TRHA el cual se encuentra, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución. No escapa al razonamiento del Tribunal que el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, disposición que fuera eliminada del texto definitivo al analizarse por la Cámara de Senadores el 28 de noviembre de 2013. (cfr. en tal sentido Kemelmajer de Carlucci -Herrera Marisa - Lloveras, Nora "Tratado de Derecho de Familia tº II", pág. 585).

En efecto, en su redacción original el proyecto permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. Además, requería la capacidad de la mujer, el consentimiento previo, libre e informado por parte de todos los intervinientes. La gestante debía portar material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; acreditar, tanto la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo por parte de los comitentes, como la demostración de que la parturienta no aportó material genético propio ni recibió retribución; sin perjuicio de que la regulación especial le pueda reconocer el pago de gastos, siempre que la portadora no se hubiera sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y haya parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. El cumplimiento de dichos requisitos tiene como objeto dar certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente.

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

La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana, deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma".

De manera que, en función de lo expuesto, la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN. Es que, de darse tal inteligencia, las partes que prestan consentimiento acordarían tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el sólo acuerdo de las partes ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar.

Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17° del CCCN que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. Dicha situación no es menor si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

Adviértase que el legislador no sólo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares (Jáuregui, Rodolfo "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial de la Nación. Un fallo que explora una solución posible", LL Litoral 2016 -agosto- 8/8/20156, 3). Es decir que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad dado que la misma se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus

progenitores de deseo. (Código Civil y Comercial comentado Tratado exegético Director General - Alterini Horacio H., tº III, arts. 401 a 723- pág. 497 – Directora Baset Ursula, ED.LL).

Téngase, además, en cuenta que el art. 565 del CCCN dispone, como principio general que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

Cabe remarcar, también, que el proyecto del artículo 562 del código citado, establecía, además, de un procedimiento determinado para la gestación por sustitución que, si se carecía de autorización judicial previa, la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza. Sin embargo, en el caso, de accederse a la pretensión se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo al espíritu y marco normativo que regula la cuestión. Ello así no puede obviarse que el art. 558 del CCCN además de establecer los tipos de filiación, aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de aquélla.

En definitiva, en el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante, en el supuesto de marras, como madre de la menor con independencia del aporte que pudiere haber hecho, o no, de material genético y de su intención de ejercer, o no, el rol materno. De allí que, mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley la cual atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público lo que no resulta admisible. Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz como el de la mujer gestante sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación.

No escapa al suscripto que la cuestión en trato exige un adecuado tratamiento legislativo hasta ahora no concretado. Tampoco que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito estricto de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (CSJN, Fallos: 312:122), lo que no se advierte en la oportunidad.

Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso contemplando en los arts. 630 y concords. del CCCN un proceso con

debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

En otro aspecto, disponiendo el art. 559 del CCCN que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido, o no, durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada, a sus términos cabe estarse el planteo articulado contra el Sr. R. R. F. En su mérito, corresponde admitir los agravios expresados por el Sr. Fiscal de Cámara, a los que adhiere la Sra. Defensora de Menores de Cámara, rechazando las acciones promovidas, con costas por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del CPCC).

La Dra. Silvia Patricia Bermejo dijo:

I- Disiento con la posición de mi colega preopinante. Deviene el presente un tema que ha concitado posturas doctrinarias y jurisprudenciales disímiles. La visión legal, jurídica y social sobre la gestación por subrogación descubre una diversidad de opiniones difíciles de consensuar.

II- Como se destacó en el voto anterior y surge de este expediente, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando que la niña H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. En consecuencia, ordenó oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de rectificar su partida de nacimiento y expedir una nueva, conforme lo dispuesto en el art. 559 del CCCN, consignándose como nombre el de H. M. R. F. Dispuso, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial fue por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, conforme los presupuestos del art. 563 del CCCN y comunicar a "Halitus Instituto Médico S.A." el resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Por último, impuso las costas en el orden causado (fs. 109/116).

Concuero con este pronunciamiento y aprecio que no le asiste razón al recurrente en su embate.

III- En cuanto a la crítica referida a que el Juez de la instancia se haya apartado de la letra del artículo 562 del CCCN sin haberse declarado su inconstitucionalidad y que no puede ésta hacerse de oficio, no es un argumento de recibo. En verdad, en la sentencia atacada se ha analizado la cuestión desde el marco constitucional y convencional, por lo que ha expuesto el motivo por el cual no ha aplicado a aquél en el caso. Es de práctica que existen jueces que consideran que una norma puede ser inaplicable sin declararla inconstitucional, mientras que otros estiman que si no se califica de tal no podría desplazarse. Una postura u otra encuentra su justificativo en razones de índole constitucional e histórico que exceden el desarrollo de este voto.

Por otro lado, esta Sala, en numerosos precedentes, ha seguido la postura de la Corte de la Nación que admite el tratamiento oficioso de la constitucionalidad de las leyes. Ese Máximo Tribunal federal afirmó que en tanto nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, por lo que resultaría un contrasentido que esos mismos tribunales no realicen similar examen con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución Nacional frente a las normas locales de menor rango (CSJN "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012, R. 401 XLIII). Por ende, carece de relevancia si la cuestión constitucional se trató de oficio o a petición de uno de los litigantes.

De todas maneras, como se ha sostenido, "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 301:963; 306:136; 322:842; 325:1922; 327:831, entre muchos otros). Así, en síntesis, si bien la aplicación de los artículos 1 y 2 del CCCN desplazan al contenido del artículo 562 del mismo ordenamiento, acorde se desarrolla en la sentencia atacada y en este voto, entiendo se impone declarar la inconstitucionalidad del citado artículo, conforme se desarrollará en los fundamentos. Por consiguiente, no es procedente el argumento esgrimido por el Fiscal Coadyuvante.

IV- Tampoco coincido con el impugnante en cuanto a que el legislador suprimió la figura de la gestación por sustitución y que por ello no pudiera considerarse admitida.

El art. 558 del CCCN prevé que la filiación puede ser por naturaleza, por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida -en adelante designadas como TRHA- o por adopción, las cuales originan vínculos con iguales efectos. Cuando éstos nacen de la naturaleza, al igual que cuando es por adopción, más allá del derecho positivo propio de cada alternativa, no hay mayores controversias, en tanto, cuando es por naturaleza, hay una coincidencia biológica entre quienes aportaron los gametos y quien dio a luz. En cuanto a la adopción, se trata de una persona con la cual no existe lazo genético ni biológico (conf. arts. 602, 603 y sigts., CCCN).

Las mayores discrepancias se presentan cuando el nacimiento es el desenlace de la concepción provocada con ayuda de los adelantos científicos, lo que el Código Civil y Comercial de la Nación también contempla. El art. 562 del mismo ordenamiento establece que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y de quien 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. Justamente, definir al vínculo por haber dado a luz, está abordando la posibilidad que quien proporcionó su gameto no sea la persona gestante, lo que es el caso de la gestación por sustitución. Tal lectura descarta que la ley no contemple esta posibilidad, como opina el

apelante. En forma coordinada, el art. 588 del CCCN señala que, en los supuestos de filiación por TRHA, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz. Como se aprecia de esta norma y en lo que considero oportuno centrarme, el artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente, que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo nacido será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética.

En este mismo sentido, en las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", por unanimidad, se afirmó que "Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la Gestación por sustitución está permitida" (Comisión 6, de Familia "Identidad y filiación", enunciada en "Tratado de Derecho de Familia", dirigido por Aida Kemmelmaier de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Tomo V-A, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", de Eleonora Lamm, Mariana Rodríguez Iturburu y Nieve Rubaja, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2016, pág. 758).

Tal postura se coordina con lo previsto en el art. 2634 del CCCN, atinente a las normas de derecho internacional privado. Este prevé que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. El segundo párrafo expresamente enuncia que los preceptos que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención, a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Determina que la decisión a adoptar será la que redunde en beneficio del interés superior del niño o niña. De ello se colige que la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues de haber sido así no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 (arts. 558, 560 y sigts., CCCN).

La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad. De interpretar que el art. 562 del CCCN integra el orden público -como opina el señor Fiscal Coadyuvante (fs. 132/139)-, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país, acorde señalaba el artículo antes mencionado (arts. 558, 560 y sigts., CCCN).

No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del CCCN. La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar a la gestación por sustitución, sino que sólo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la

versión sancionada, como se indica en el voto que antecede. La interpretación constitucional lleva a igual respuesta.

El artículo 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo. Nuestra ley fundamental federal es un constitucionalismo de derechos, limitante del poder político en beneficio de los derechos individuales. Es por ello que se lo puede definir como un conjunto de técnicas jurídicas que tiene por finalidad el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales (Giorgio Pino, "El constitucionalismo de los derechos", Editorial Zela, Perú, 2018, pág. 30 y sigts.).

V- Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así, para encausar el análisis de estas contiendas, en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en el Congreso de la Nación -que culminara con la sanción del Código hoy vigente-, para encausar una posible respuesta. Este disponía: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio...".

Estos recaudos se encuentran cumplidos en estos obrados. Se ha adjuntado el Consentimiento Informado, suscripto ante escribano público, en el cual han participado los señores M. A. G. P., R. R. F. y D. H. R., todos acompañados por sus letrados. Además, intervino la médica doctora Florencia M. Inciarte, quien expresó ejercer su profesión en el "Instituto Médico Halitus". En el instrumento suscripto, se dejó constancia pormenorizada de cuestiones médicas y jurídicas, como, por ejemplo, el significado de los términos padres procreacionales, mujer gestante, las disposiciones legales aplicables, los posibles procedimientos médicos, entre otros muchos aspectos (fs. 57/59). Aquél se firmó con fecha 22 de octubre de 2015, es decir, con anterioridad a comenzar el tratamiento que allí se indicaba. Asimismo, se adjuntó a la demanda un informe del "Instituto Médico Halitus" en el cual se precisó que la primera consulta fue el 22 de enero de 2015 y la primera vez que asistió la señora G. P.,

fue el 24 de febrero de igual año (fs. 45/50). Es decir que antes de llevar adelante el procedimiento de fertilización todos habían recibido asesoramiento y suscripto el instrumento público referido. También surge del expediente que la señora G. P. tiene otra hija, nacida el 28 de junio de 1995 (fs. 19/20 y fs. 57/79, esp. fs. 70, punto 89), al igual que cuenta con plena capacidad, buena salud física y psíquica (fs. 45/50 y fs. 57/59).

Asimismo, luego de nacida la niña, se realizó un estudio de ADN, en el "Primer Centro Argentino de Inmunogenética -PRICAI", de la Fundación Favalaro que informó que la madre gestante y el señor D. H. R. quedaban excluidos de un vínculo biológico con la niña H. M. F., a diferencia del señor F. (fs. 51/55). Por ende, quedó acreditado que la madre gestante no fue quien donó el óvulo y que uno de los comitentes aportó sus gametos. También en ese documento firmado se dejó aclarado que los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término y que la gestante no ha recibido retribución (fs. 57/79, esp. fs. 69, punto 77).

De tal manera, los hechos que encuadran el litigio permiten observar que los recaudos previstos en el Anteproyecto están cumplidos, al igual que con los artículos 560 y 561 del CCCN.

VI- Como se ha definido, la "gestación por sustitución" se concreta por una de las TRHA, por la cual una persona, acuerda con otra o con una pareja -comitentes-, gestar un embrión para que luego de nacido tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos (cfr. Notrica, Federico; Curti, Patricio Jesus, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Marisa Herrera, directora, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, Tomo II, págs. 14 y 15).

Como se aprecia, es esencial que el cuerpo gestante no haya aportado sus gametos. De tal manera, existen tres conceptos que aparecen disgregados en el origen de la relación filial, como son la identidad biológica, la genética y la voluntad procreacional. Así como en la gestación por naturaleza lo innato y definitorio es el vínculo biológico, en las THRA lo relevante es la voluntad procreacional (ver Cám. Nac. Civ., Sala I, in re: "S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación", sent. del 28-VIII-2020, Cita Online: AR/JUR/35471/2020).

Ese ánimo, expresado en el Consentimiento Informado, es lo que exterioriza el deseo de la persona de ser padre o madre o también de no serlo, en caso de quien sólo aporta su cuerpo para la gestación. No es más que una de las formas que la ley prevé de expresión de la conformidad, luego de recibir una información adecuada y precisa sobre los alcances y efectos de su decisión -contemplada también por el art. 59 del CCCN y por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742-.

Se asegura, de tal manera, que quien intervenga en la práctica lo haga con el pleno conocimiento de sus consecuencias y alcances.

Cuando una persona opta por tener un hijo por las TRHA plasma su deseo de ser padre o madre, por un procedimiento médico que se lo permitirá, más allá que haya aportado los gametos o que sea quien lo da a luz. Si bien el art. 562 se titula "voluntad procreacional", ésta, en verdad, aun cuando no distingue, sólo la admite con respecto al progenitor que no da a luz, pues quien así lo hizo sólo por esta circunstancia será uno de los dos progenitores, más allá que haya deseado ser padre o madre del niño o niña o haya aportado o no su gameto. En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley, sólo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción.

Detenerse sólo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano. Definir que sólo por gestar es madre, es limitar el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. Aquella primer idea citada la acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales, las cuales admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción. Convenir que sólo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona, conlleva a que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que sólo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide.

Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por este técnica. Por otro lado, determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo la intención.

Así, ya sea que se trate de parejas heterosexuales que no pueden gestar a su propio hijo o parejas del mismo sexo que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto -necesario para que haya gestación por subrogación-, además del insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del CCCN, en el

decreto 1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo admitió por resolución 38/SSJ/2012, lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres. Como ha dicho la jurisprudencia, si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de uniones de hombres. El interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no hay motivos para distinguir sobre la base del género de los cónyuges (Cámara Apel. Contenciosoadministrativo y Tributario de la CABA, Sala I, in re "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros", sent. del 4-VIII-2017; cita online: AR/JUR/56141/2017, voto del doctor Carlos Balbín).

Por ello, lo definitorio en las TRHA es la existencia de una voluntad procreacional de los dos progenitores -más allá que ninguno de ellos haya sido quien dio a luz-. Ya no rige en esta fuente de filiación el vientre o los gametos, recaudos indispensables para un nacimiento por naturaleza, sin embargo, podrán no contar con ello otras personas que deseen ser padre o madre y que los lleve a recurrir a las TRHA.

Todas las disyuntivas que presentan estas nuevas alternativas que la ciencia ofrece, encuentran un obstáculo cultural más que jurídico o técnico. Tampoco es un argumento que el art. 558 del CCCN establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso.

VII- Por otro lado, desde la perspectiva constitucional y convencional, son varios los derechos humanos involucrados. Uno es que las TRHA y la gestación por sustitución específicamente, concretan la posibilidad de formar una familia y coloca en una situación de paridad a todas las personas. La misma Corte Interamericana recordó que la Convención Americana de Derechos Humanos alcanza y reconoce a todas las clases de familia (Corte IDH, Caso "Atala Riffo y Ninas vs. Chile", sent. del 24-II-12, párrafos 142 y 145), lo que se vincula con el pleno ejercicio de la libertad de elección sobre la forma de vida, sin discriminación alguna (art. 1.1, Convención citada).

Nuestra misma Constitución nacional (arts. 16, 75 incs. 22 y 23, entre otros), como la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3 "I"), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), entre otros, han resaltado el principio de igualdad entre las personas. Incluso, esos tratados internacionales, como otros de igual contenido que nuestro país ha suscripto, han creado obligaciones para los Estados hacia las personas que se encuentran en su jurisdicción y que de no acatarse pueden ser evaluadas como conductas discriminatorias individuales (ver Susana Albanese, "Eliminación de la

discriminación”, Capítulo V de “Derecho Constitucional”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 129 y sigts.).

Así, si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a los adelantos científicos a ese fin vulneran los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación (“Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica.” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sent. del 28-XI-2012).

Todos tienen el derecho humano a contar con la posibilidad de acceder a los adelantos técnicos, sin distinciones de ningún orden, por ejemplo, en lo que se refiere a la elección sexual (CorteIDH in re “Atala Riffo vs. Chile”).

Los principios de Yogyakarta, referidos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, con el objeto de establecer estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGTB), prevé el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a la adopción o la reproducción asistida (principio 24). En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (ver Lamm, Rodríguez Iturburu y Rubaja, ob. cit., pág 809).

Como explica Alexy, al afirmarse que todos somos iguales ante la ley, se entiende que hay un mandato de igualdad en la aplicación del derecho, lo que no desconoce ni desplaza a la cuestión de la igualdad o desigualdad fáctica. Es por ello que concluye que el derecho a la igualdad jurídica puede formularse como un derecho prima facie a la omisión de tratos desiguales. Y, por otro lado, el derecho a la igualdad fáctica es un derecho a las acciones positivas del Estado (Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 347 y sigts.).

Aprecio que la salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encausarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió, a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. Tal interpretación es la que alienta el espíritu que guía al art. 2 del CCCN, en

tanto impone como forma de entender a la ley el tener 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 (esta Sala, causa nº 10.322/2011, sent. del 14-VII-2020).

VIII- Otro de los pilares de toda decisión judicial atinente a niños, niñas y adolescentes es su interés superior. Por consiguiente, será esencial cómo se consolida en este caso. Es por este motivo que tampoco me parece adecuada la salida que proponen los recurrentes sobre la posibilidad de tramitar la adopción. Por un lado, inclinar la solución del caso hacia la adopción, es alterar la realidad. La niña no es hija de quien la dio a luz, ya sea desde lo genético como desde la intención. La señora G. P. fue clara en cuanto a que ella no tenía vocación procreacional con respecto a la niña. Decir que es hija de ella por haberla dado a luz es imponer la letra de la ley por sobre la realidad.

Además, la adopción se procura con respecto al hijo biológico ajeno cuando, en este caso, el señor R. es quien ha tenido la voluntad procreacional, junto con el señor F. A lo dicho agrego que aprecio absolutamente relevante el tiempo que llevará tramitar la adopción para que -en caso de contar con una decisión favorable- la niña sea hija del señor R. Esta salida es adaptar la vida de las personas, en especial de la niña, a la letra de la ley y no poner la ley como forma de reglar la vida de las personas, con las menores restricciones posibles a su voluntad. Ello no quita, lo que expreso a mayor abundamiento que, por el principio de la flexibilidad de las formas, el Juez de la instancia pueda considerar reconducir ese proceso por el de la adopción -vía que propone el voto que antecede-.

De tal manera, encuentro que la adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente, para llegar -luego- a tener el vínculo filial también con el señor R. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació está conviviendo con el matrimonio de los señores F. y R. y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona. Como se ha dicho en numerosos precedentes, el debido proceso legal en juicios en los cuales participan niños, niñas y adolescentes reviste un valor especial. El Juez es garante de la efectividad de los derechos de la infancia (arts. 14, 16, 18, 75 incs. 19, 22 y 23, 3.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 in fine y 27 de la ley 26.061; 27, decreto 415/2006, 59, C.C.; 103, C.C.C.N.; Corte I.D.H., Opinión Consultiva nº 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, nº 17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 102; voto del señor Juez doctor de Lázzari en Ac. 96.178, sent. del 5-XI-2008; P. 118.953, sent. del 11-X-2012, C 117577, sent. del 18-XI-2015, entre otros).

El definir cuanto antes quiénes son los padres de una persona es un mandato convencional y constitucional. La misma Corte Interamericana

señaló que "...la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que ` los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez..." (CorteIDH, "Caso Fornerón vs. República Argentina", sent. del 27-IV-2012, párrafo 123).

En referencia al derecho a la identidad se ha expuesto "...que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, ...es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso." (CIDH, 24/02/2011, "Gelman vs. Uruguay", p. n° 122).

La misma Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos" (art. 7°) y que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8°).

La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia. A mayor abundamiento y en línea con todo lo dicho, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la disposición 93/DGRC/17, del 13 de octubre de 2017, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Su artículo 1°, dispone "autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta

complejidad, denominada gestación solidaria. Cumplidos los requisitos que la misma disposición establece, se puede inscribir preventivamente el nacimiento.

Se procura dar una solución, en vista al resultado de la acción colectiva, de la situación de los niños nacidos por esta práctica, como consecuencia del pronunciamiento emitido por la sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa "Defensor del Pueblo de la CABA y otros c. GCBA y otros s/ amparo" (expte. A1861/2017) con fecha 4 de agosto de 2017. En ese precedente, a los fines de no postegar indebidamente la inscripción de un nacimiento el amparo colectivo articulado por el Defensor del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), se hizo lugar a la medida cautelar, se ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante RECCP) inscribir provisionalmente a los niños nacidos a través de la denominada gestación por sustitución, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previamente no tener aquella voluntad. La sentencia dispuso también la incorporación de los datos de la gestante en el legajo base a fin de respetar el derecho de identidad de los niños pertenecientes a dicho colectivo.

En definitiva, las dilaciones en el cumplimiento de estos derechos inciden en la vida de los niños provocando una incertidumbre en cuanto a su propia historia que debiera evitarse.

Todos los niños y niñas tienen el derecho a crecer en la mayor armonía y tranquilidad, en una situación de estabilidad emocional y también jurídica. Ese es el único sentido con el cual la ley debe interpretarse en respeto de ese interés superior.

IX- Además que, de optarse por la vía de la adopción, se postergaría la concreción de estos derechos a las resultas de otro proceso, quedaría supeditado a que el Juez que vaya a intervenir considere que esa sea la vía, pues también podría acontecer que el juez que intervenga en la nueva causa podría estar en desacuerdo y terminar rechazando la acción nuevamente.

Como es sabido, el alcance objetivo de la autoridad de cosa juzgada alcanza sólo a lo que fue motivo del litigio, es decir, a lo que la parte actora planteó y a las defensas esgrimidas por la contraria, en este caso, al pedido de desplazamiento de la relación filial con la señora G. P. y la anotación como hijo del señor D. H. R. Todas las restantes consideraciones del Juez son ajenas al debate y, por ende, carecen de la cualidad mencionada.

Como explica Nieva Fenoll, cuando en un fallo se incorporan consideraciones que no han sido debatidas, además de resultar violatorias de la congruencia, atentan contra el derecho a ser oído (Jordi Nieva

Fenoll, "La cosa Juzgada", Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, pág. 188).

Es por ello que la circunstancia que se debate, como es la vía del reclamo -el proceso de adopción en este supuesto- no hace cosa juzgada y tampoco asegura por ello que finalmente esa sea la vía procedente. En definitiva, la sentencia sólo tiene fuerza vinculante en cuanto a lo que constituyó la traba de la litis. Claro que ello no implica que el Juez pueda aceptar el camino de la adopción -más allá de su consideración- para no violar el derecho de acceso a la justicia de los reclamantes (arts. 18, Const. Nac.; 8, 25, Convención Americana de Derechos Humanos).

X- La sentencia de primera instancia tampoco altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del CCCN se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1, 5, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413). XI- Consecuencia de lo expuesto, he de proponer al acuerdo declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (en igual sentido ver Juzgado Nacional en lo Civil n° 4, in re: "S.A. y otro s/ Inscripción de nacimiento", sent. del 30-6-2016; Juzgado de Familia n° 8 de La Plata, in re: "D.J.E. y otro s/ Autorización judicial", sent. del 27-4-2020, entre muchos otros) y confirmar lo decidido. Con costas de la Alzada por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del CPCC).

El Dr. Oscar J. Ameal dijo: Por compartir los fundamentos vertidos, me adhiero al voto expresado por el Dr. Osvaldo O. Álvarez.

Por lo expuesto y disposiciones legales citadas, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

Revocar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha sido motivo de agravios. En su mérito se rechazan las acciones promovidas. Con costas por su orden, atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del CPCC).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; a tal fin, notifíquese por Secretaría a las partes, al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra. Defensora de Cámara.

Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y artículo 64 del Reglamento para la Justicia

Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Oswaldo O. Alvarez – Silvia P. Bermejo (en disidencia) – Oscar J. Ameal