

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

–I–

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación y dispuso la inscripción del niño V., nacido el 10 de enero de 2017 y concebido mediante ovodonación anónima por gestación por sustitución, como hijo de H. T. y de C. A. S. (fs. 176/191 y 272/285).

El tribunal precisó que el artículo 558 del Código Civil y Comercial incorporó una tercera fuente de filiación –además de la filiación por naturaleza y por adopción plena– mediante técnicas de reproducción humana asistida. Adujo que, por imperio de dicha normativa, la filiación por estas técnicas se encuentra en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción, con el límite de dos vínculos filiales.

Agregó que el reconocimiento legal de las técnicas de reproducción humana asistida condujo a la generación de nuevos núcleos familiares en tanto dichas técnicas habilitan –en caso de imposibilidad biológica– el acceso a la maternidad y/o a la paternidad para parejas heterosexuales y homosexuales, y también para personas sin pareja. En ese contexto, la cámara resaltó que la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida se asienta en la llamada voluntad procreacional, con total independencia del aporte del material genético.

En esta línea, concluyó que el artículo 562 del Código Civil y Comercial coloca a la voluntad procreacional como el pilar sobre el cual se edifica el régimen jurídico en materia filial, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida, reconociendo que la identidad no sólo surge del lazo biológico, sino que hay otros modos y otros lazos como el volitivo.

Por otra parte, el tribunal sostuvo que la gestación por sustitución no se encuentra prohibida, y que, en función del principio de legalidad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional, corresponde admitir la acción promovida, donde la gestante, tanto con anterioridad como con posterioridad al nacimiento de V., manifestó su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño, reconociendo a los actores como sus padres.

En este sentido, agregó que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados –entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– han indicado que no existe un modelo único de familia que deba ser protegido. En particular, mencionó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Atala Riffo y niñas c. Chile” del año 2012, interpretando el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) expresó que el concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

Además, puntualizó que la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida involucra el ejercicio del derecho a la identidad que está detrás de todo el derecho filial, el derecho a formar una familia y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, tal como lo dispone el artículo 14.1.b. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”. Al respecto, hizo referencia a una serie de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –entre los más relevantes, citó los precedentes “Mennenson” y “Labasse” (2014), “Foulon y Bouvet” (2016) y “Affaire Laborie” (2017)– donde se concluyó que las sentencias francesas que excluían o negaban por completo una relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como

resultado de un acuerdo de gestación por sustitución legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quienes figuraban según esa legislación como padres, sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados y que, en consecuencia, se había socavado la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa.

Planteó que, en casos como el presente, como criterio primordial de valoración, debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del niño, principio que apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión de un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Sobre tales bases, ponderó que los actores se encuentran imposibilitados de concebir naturalmente, que no existe controversia entre ellos y la gestante, y que ésta última ha brindado su consentimiento libre e informado, tal como surge de las constancias de la causa (acta notarial de fs. 3/7), luego ratificado en audiencia llevada a cabo en presencia de la jueza actuante.

En función de todo lo expuesto, confirmó la sentencia apelada.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo, en representación del niño y el Fiscal General ante las Cámaras en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 288/295 y 310/328, respectivamente), que contestados por la parte actora (fs. 297/308 y 330/340), fueron concedidos por la Cámara (fs. 342). Posteriormente, la Defensora General de la Nación desistió el recurso interpuesto por la defensora pública de la instancia anterior (fs. 346/361).

El fiscal sostiene que media cuestión federal pues se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de una ley del Congreso y la decisión ha sido

contraria a su validez (art. 14, inciso 1, de la ley 48). Expone, además, que la cuestión afecta los intereses generales de la comunidad, excediendo el particular de las partes, por lo que se configura el supuesto de gravedad institucional que habilita la vía del recurso extraordinario y autoriza a prescindir de eventuales obstáculos de índole formal.

Funda su legitimación para actuar en lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, que le asigna la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y en la Ley 27.148 Orgánica del Ministerio Público Fiscal, que en su artículo 2, al regular las funciones de defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad, atribuye al Ministerio Público la facultad de intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país, siempre que en ellos “se cuestione la vigencia de la Constitución” o se trate, entre otros supuestos, de “conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente”. Señala que, complementariamente, el artículo 31 de la ley 27.148 contempla las funciones de los fiscales y los fiscales generales con competencia en materia no penal, enumerando entre ellas la de “peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en lo que se encuentren afectadas normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares”.

En cuanto al fondo del asunto, considera que la sentencia es autocontradictoria, pues, por un lado, postula que existe un vacío normativo respecto de la gestación por sustitución, y, por otro, descalifica el artículo 562 del código vigente. En este sentido, el fiscal opina que no existe un vacío legislativo sobre el punto, sino que se trata de una práctica no admitida por el ordenamiento,

que para determinación de la filiación materna tiene en cuenta a la mujer gestante, conforme dispone el artículo 562 del Código Civil y Comercial.

A su vez, esgrime que la sentencia es equivocada en cuanto asigna a la voluntad procreacional un alcance en las técnicas de reproducción humana asistida que no surge del Código Civil y Comercial, ya que, como en la filiación natural, ese ordenamiento legal considera relevante el parto para la determinación del nexo filial, con prescindencia de los elementos genéticos y de la voluntad procreacional (fs. 321).

Por último, apunta que la sentencia incurre en otro error al considerar que la gestación por sustitución es una más de las técnicas de reproducción humana asistida que actualmente ofrece la ciencia médica, pues no se condice con el criterio expresado por el legislador al excluirla del anteproyecto. En ese orden, opina que la alzada analiza erróneamente las fuentes internacionales (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el precedente “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a partir de la premisa de que la gestación por sustitución constituye un procedimiento equiparable a las técnicas de reproducción humana asistida.

Seguidamente postula que, en el caso, la sentencia, al privilegiar la realidad volitiva, le asigna un erróneo contenido al interés superior del niño ya que el legislador no admitió por el momento la gestación por sustitución y ha ponderado que en ese contexto, el interés superior del niño se preserva manteniendo la regla de que es hijo de la madre que lo gestó y brindándole, para casos como el de autos, la posibilidad de tener un vínculo filiatorio –a través de la adopción de integración– con el cónyuge del padre que aportó su material genético.

Finalmente, el recurrente afirma que la declaración de inconstitucionalidad omitió ponderar la razonabilidad de la solución normativa, que preserva adecuadamente los derechos invocados por los actores.

–III–

En atención a las consideraciones que expondré, y advirtiendo la complejidad de las cuestiones abordadas en este proceso, estimo que corresponde mantener el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General con el alcance aquí indicado.

Preliminarmente, cabe precisar las circunstancias que definen la controversia.

Se trata de una demanda por filiación de un niño nacido por la técnica de gestación por sustitución solidaria –es decir, sin que medie retribución económica–, por parte de dos hombres, uno de los cuales aportó los gametos, que han expresado debidamente la voluntad procreacional de concebirlo y son quienes efectivamente ejercen el rol de padres y asumieron las tareas de crianza y cuidado. La mujer gestante no aportó material genético, tiene tres hijos propios, ha indicado su voluntad de no ser reconocida como madre y acuerda plenamente con la petición de filiación. Adicionalmente, la voluntad de las partes, tanto de la pareja como de la mujer gestante, ha quedado debidamente exteriorizada a través del consentimiento libre, previo e informado expresado de acuerdo con las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación. Esa voluntad resultó, a su vez, ratificada a lo largo del proceso judicial, con posterioridad al nacimiento del niño, según surge de las constancias de la causa (escritura pública de fs. 3, que instrumenta el Protocolo de Consentimiento Previo, Libre e Informado para el Desarrollo de un Procedimiento de Gestación por Sustitución; escrito de inicio agregado a fs. 43/58, y acta de audiencia de fs. 148, convocada por la jueza de primera instancia y celebrada en presencia del Defensor de Menores, donde la mujer gestante ratifica su voluntad de no mantener vínculo jurídico con el niño y reconoce la voluntad procreacional de los señores S. y T.). Por su parte, la Defensora General de la Nación, a quien la ley

le asigna la representación de los intereses del niño, avaló la procedencia de la petición de filiación a favor de los peticionantes (fs. 346/361).

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

–IV–

En este contexto, en el *sub lite*, entiendo que la decisión de la cámara, en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación resulta arbitraria, por autocontradictoria.

No obstante, estimo que debe ordenarse la inscripción del niño V., nacido el 10 de enero de 2017 mediante la técnica de gestación por subrogación, como hijo de H. T. y de C. A. S., en tanto se trata de una técnica que no se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, está permitida, y porque así lo demandan los derechos constitucionales y convencionales del niño.

En efecto, en primer lugar, asiste razón al fiscal en cuanto se agravia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial y alega contradicción en el razonamiento del tribunal *a quo*. Pues, si como afirma la sentencia el código de fondo “no contiene ninguna regulación ni prohibición de esta figura [la gestación por subrogación], la que fue suprimida del Anteproyecto por el Congreso de la Nación”, no existe fundamento para declarar la invalidez constitucional de esa disposición legal. En otras palabras, el tribunal, por un lado, afirmó que existe un vacío legislativo y que la gestación por subrogación no se encuentra contenida por esa norma, y, al mismo tiempo, la consideró una de las técnicas de reproducción asistida alcanzada por esa disposición y declaró su inconstitucionalidad. Esa interpretación resulta arbitraria y contradictoria.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad, al

importar el desconocimiento de los efectos de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (CSJN, FCB 52020002/2012/CS1-CA1, “Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración y Fallos: 335:2333, “Rodríguez Pereyra”, y sus citas, entre muchos otros).

En el caso esa declaración de inconstitucionalidad resulta innecesaria para la resolución del conflicto. Una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida.

En tal sentido, corresponde precisar que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce tres fuentes del vínculo jurídico de filiación: la naturaleza –mediante el hecho biológico de la procreación–; la adopción y las técnicas de reproducción asistida, que vincula a los niños nacidos mediante esos procedimientos con los padres que manifestaron su voluntad procreacional (arts. 558, 560, 561 y 562 de ese cuerpo legal).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 19 de la norma fundamental expresa una decisión de establecer delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción jurídica. La precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 326:417, “Provincia de San Luis”; FLP 1298/2008/CS1, “Colegio de

Escribanos de la provincia de Buenos Aires c/ PEN s/ Sumarísimo”, sentencia 4 de septiembre de 2018, considerando 7).

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

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

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

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

En supuestos como el del presente caso, en los que la mujer gestante no aportó gametos, carece de la intención de ser madre del niño que gestó, y así lo manifestó mediante su consentimiento libre, previo e informado, antes y después del parto, entiendo que adquiere preeminencia el elemento volitivo por sobre el componente biológico, lo que encuentra pleno sustento, por analogía, en las características y reglas diferenciales de la procreación asistida.

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

el temperamento que mejor satisface su interés superior y los derechos en juego es la inscripción registral como hijo de ambos demandantes.

En relación con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas normas aplicables a las circunstancias del caso que protegen con amplitud el derecho a la identidad que comprende la determinación de los vínculos jurídicos familiares. Establece la obligación del Estado de respetar el derecho del niño a su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias arbitrarias (art. 8.1). Además, estipula que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art.8.2.). También prevé que los niños deben ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7, inc. 1).

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que “el derecho a la identidad está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, ambas sustentadas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social” (OC-24/17, párr. 91, y caso “Contreras y otros c. El Salvador”, párr. 113).

Refiere que, a fin de proteger ese derecho, el Estado y la sociedad deben respetar y garantizar la individualidad de cada una de las personas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad (OC-24/17, párr. 91 cit.). Un aspecto básico de la personalidad de cada individuo es el vínculo legal con los progenitores. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que “el derecho a la identidad forma

parte del derecho a la vida privada e implica que toda persona debe tener la posibilidad de establecer los aspectos sustantivos de su propia identidad, incluyendo la relación legal paterno filial” (casos “Mennesson c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 96; “Labasse c. Francia”, sentencia del 26 de junio de 2014, párr. 75 ; “Foulon y Bouvet c. Francia”, sentencia del 26 de julio de 2016, párr. 55 y 58, y “Affaire Laborie c. Francia”, sentencia del 19 de enero de 2017, párr. 29 y 32).

Desde esta perspectiva, el rechazo de la acción aquí deducida conduciría a registrar vínculos filiales que no se corresponden con la realidad, tanto por instituir a la mujer gestante como madre —a pesar de que nunca tuvo ni la intención ni el deseo de serlo, y así lo expresó desde el primer momento—, como por desconocer la condición de padre de quien manifestó el propósito de asumir esa paternidad desde la concepción del niño. De este modo, se tergiversaría la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento.

Para más, el rechazo del emplazamiento filial solicitado implicaría forzar a la mujer gestante a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental, pese a que no hizo aporte genético alguno y a que carece de la voluntad de ser madre, vulnerando su autonomía personal. Con ello, se haría prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, expresada de manera indubitable a lo largo del proceso judicial.

Cabe puntualizar que la atribución del vínculo materno filial no resulta desplazada por la adopción de integración. Aun en el caso de que el niño fuera adoptado por el padre que no aportó los gametos —a través de la figura de la adopción de integración y en forma plena—, no se extinguirían las responsabilidades parentales que le corresponden a la mujer gestante si se le atribuye la condición de madre. Por un lado, el artículo 699 del código de fondo que determina los supuestos de extinción de responsabilidad parental, en su inciso e., establece que la extinción

no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente. Por otro lado, el artículo 700 no incorpora ningún supuesto por el cual se pudiera privar a la mujer gestante de su responsabilidad parental. En particular, su inciso b no resulta aplicable a este caso en tanto la mujer gestante no ha abandonado a un hijo propio dejándolo en estado de desprotección, sino que precisamente se niega a aceptar la condición de madre.

Por lo demás, estimo que en modo alguno puede asimilarse el emplazamiento filial a favor del peticionario que no aportó gametos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, con el reconocimiento de su paternidad por la vía de la adopción de integración prevista en los artículos 619 y 620 del Código Civil y Comercial, y regulada específicamente en los artículos 630 a 633. Ello por cuanto esta figura no otorga igual certeza y amplitud respecto de los derechos y deberes parentales. Por un lado, queda a criterio del juez que interviene en el proceso decidir si otorgará la adopción de forma plena o simple, según las circunstancias de cada caso, cuando sólo la filiación por adopción plena surte iguales efectos que la filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida (cfr. artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por otro lado, el artículo 633 del mismo régimen estipula que la adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

En suma, por todo lo dicho entiendo que la inscripción de copaternidad decidida por la sentencia impugnada no transgrede ninguna prohibición legal, y es la solución que mejor concilia los derechos fundamentales de las partes y el interés superior del niño, su vida privada y su identidad.

Corresponde señalar que esta postura no implica desconocer la complejidad ética del asunto, ni tampoco las potestades regulatorias que al respecto le corresponde ejercer al Congreso de la Nación. En efecto, la definición

del marco jurídico que rige esta técnica reproductiva y de los derechos en juego, reviste trascendencia institucional e interés público, lo cual se advierte al constatar la creciente judicialización de casos relativos a la temática, habiendo identificado este Ministerio Público Fiscal, en un relevamiento preliminar, más de cincuenta sentencias que han abordado la cuestión con criterios disímiles. En este delicado escenario, en aras de brindar una respuesta adecuada del sistema de justicia, se decide sostener el recurso extraordinario en los términos expuestos, con el propósito de que la Corte Suprema se expida sobre los puntos constitucionales involucrados en el caso. Además, se solicita al tribunal que si lo estima conveniente, exhorte al Congreso de la Nación para que analice la adopción de una legislación sobre esta materia (doctrina de Fallos: 329: 3089, “Badaro”, 331:2691, “García Méndez”, entre otros).

–V–

Por todo lo expuesto, estimo que corresponde mantener el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General con el alcance indicado en los considerandos precedentes, y solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que deje sin efecto el fallo de la cámara y, haciendo uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la Ley 48, se expida en el presente caso, ordene la inscripción del niño V. como hijo de H. T. y de C. A. S., y exhorte al Congreso de la Nación en los términos expuestos.

Buenos Aires, 27 de agosto de 2020.