

Título: **Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva**

Autores: **Lafferriere, Jorge N. - Eleta, Juan Bautista**

Publicado en: **LLCABA2018 (febrero), 3 - DFyP 2018 (abril), 04/04/2018, 179 - RCCyC 2018 (mayo), 09/05/2018, 131**

Cita Online: **AR/DOC/3317/2017**

Sumario: I. Introducción.— II. Resumen del fallo.— III. Antecedentes y cuestiones subyacentes en los casos de maternidad subrogada.— IV. El problema de la competencia en cuestiones de filiación.— V. Una sentencia que soslaya el ordenamiento jurídico vigente.— VI. Los límites de la voluntad procreacional en el Cód. Civ. y Com.— VII. Conclusión.

I. Introducción

La sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó sentencia 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. La Cámara revocó el rechazo del amparo dispuesto en primera instancia y, haciendo lugar a la medida cautelar, ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante RECCP) que inscriba provisionalmente a los niños nacidos a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) en 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 voluntad procreacional. En la sentencia, que tiene su origen en un planteo colectivo del Defensor del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), además se ordena que sean incorporados los datos de la gestante en el legajo base a fin de respetar el derecho de identidad de los niños pertenecientes a dicho colectivo y, por último, se encomienda cumplir con el reglamento de Procesos Colectivos.

La novedad de la sentencia que comentamos es que por primera vez se pretende avanzar con una acción colectiva para legitimar la maternidad subrogada para todas las uniones de varones de la Ciudad de Buenos Aires. Se trata, por cierto, de una sentencia acotada a los problemas vinculados con la competencia y la procedencia de una medida cautelar. Pero en tanto concede esa medida cautelar ya está resolviendo sobre el fondo, al menos en relación a los casos que se inicien hasta que se dicte la sentencia de fondo.

En este breve comentario nos focalizaremos en tres puntos: la cuestión de la competencia; la cuestión de la incompatibilidad de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente; y la cuestión de los límites de la voluntad procreacional. Previamente, haremos una sintética presentación del caso y de los antecedentes jurisprudenciales existentes en la materia.

II. Resumen del fallo

El amparo colectivo tenía por objeto ordenar al GCBA inscribir a los niños nacidos por TRHA de alta complejidad a través del método de la maternidad subrogada sin emplazar como progenitor a la persona gestante sin voluntad procreacional. Por su parte, la pretensión individual de los coactores D. R. y G. S. M. consistió en que se mande al RECCP proceder a la inscripción del nacimiento de D. y T. como sus hijos reconociendo la copaternidad registral de dichos coactores.

En cuanto a los argumentos vertidos en la alzada para revocar la sentencia de primera instancia, reconociendo la competencia del fuero CAyT y ordenando la medida cautelar, podemos sintetizarlos en los siguientes puntos:

- El Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resulta competente ya que el legislador local, al delimitar la competencia de este fuero, declaró que podrá sustanciarse allí toda causa en la cual la Administración sea uno de los sujetos del proceso.

- La acción intentada no persigue despejar una cuestión de filiación de los menores en relación con sus progenitores, sino una meramente registral.

- Existe una omisión del RECCP por no haber dictado las regulaciones complementarias sobre la registración de los nacimientos ocurridos por las TRHA mediando maternidad subrogada.

- El derecho que se alega sustenta ambas pretensiones es el derecho a la igualdad y a la no discriminación en tanto no es posible realizar la inscripción en el registro de modo que refleje adecuadamente el cuadro familiar.

- Tanto la FALGBT como el Defensor del Pueblo resultan legitimados activos en el proceso, además de los Sres. D. R. y G. S. M.

- Resulta discriminatorio que una mujer pueda dar el consentimiento para ser madre aparte de la que la dio a luz, pero no puedan dos hombres brindar el consentimiento como padres desconociendo a la mujer que dio a

luz. Esta desigualdad alteraría el orden público.

III. Antecedentes y cuestiones subyacentes en los casos de maternidad subrogada

El tema de la maternidad subrogada fue uno de los aspectos más controvertidos del proyecto de Código Civil y Comercial. El texto elevado por el Poder Ejecutivo en junio de 2012 incluía una forma de maternidad subrogada bajo la denominación "gestación por sustitución" en el art. 562. Sin embargo, en el debate de la comisión Bicameral del Congreso hubo muchas críticas a la iniciativa. Así, el Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.) sancionado en octubre de 2014 y que entró en vigencia en agosto de 2015 excluyó la maternidad subrogada y dispuso que el hijo nacido por TRHA debe ser inscripto como hijo de quien dio a luz (art. 562) [\(1\)](#). Sin embargo, desde la sanción del Cód. Civ. y Com., se han dictado distintas sentencias que, con matices y distintas modalidades, admitieron la maternidad subrogada. A continuación ofrecemos un listado tentativo:

1. Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro7), "XXX s/ maternidad por sustitución", 02/12/2014, DFyP 2015 (diciembre), 237, AR/JUR/90178/2014.

2. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 102 (JNCiv) (Nro102), "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", 18/05/2015, LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 - LA LEY 2015-C, 522 - RCód. Civ. y Com. 2015 (julio), 91 - DFyP 2015 (noviembre), 208, AR/JUR/12711/2015.

3. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 83 (JNCiv) (Nro83), "N. N. o s/ inscripción de nacimiento", 25/06/2015, DFyP 2015 (octubre), 218, AR/JUR/24326/2015.

4. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1), "A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva", 29/07/2015, DFyP 2015 (diciembre), 197, AR/JUR/28597/2015.

5. TSJ CABA, "X., T. S y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. 11927/15, 04/11/2015 (tema de competencia).

6. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza (JFamiliaMendoza) (Nro1), "C. M. E. y. J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 04/02/2016, 39, AR/JUR/58729/2015.

7. Juzgado de Familia N° 9, Bariloche (JFliaNro9) (Bariloche), "Dato reservado", 29/12/2015, AR/JUR/78613/2015.

8. Juzgado de Familia N° 7 Lomas de Zamora (JFamiliaLomasdeZamora) (Nro7), "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.", 30/12/2015, LA LEY 02/05/2016, 6; RCód. Civ. y Com. 2016 (mayo), 05/05/2016, 147 - DFyP 2016 (junio), 131, AR/JUR/78614/2015.

9. Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (TColegFamiliaRosario) (Nro5), "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, LLLitoral 2016 (agosto), 08/08/2016, 2 - DFyP 2016 (octubre), 57, AR/JUR/37971/2016.

10. Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, Buenos Aires, 15/06/2016 (tema de competencia).

11. Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, Buenos Aires, 30/06/2016 (tema de competencia).

12. Juzgado de Familia N° 2 de Moreno (JFliaMoreno) (Nro2), "S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar", 04/07/2016, LL, AR/JUR/42506/2016.

13. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 8, "B. B. M. y otro c. G. Y. A. s/ impugnación de filiación", 20/09/2016, Microjuris, MJ-JU-M-100901-AR.

14. Juzgado de Familia N° 7, Viedma, "Reservado s/ autorización judicial (f)", 06/07/2017, LA LEY 22/08/2017, 7, cita online: AR/JUR/39473/2017.

15. Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, "M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas", 06/09/2017, cita online: AR/JUR/60950/2017.

El análisis de los casos permite identificar algunas cuestiones en juego:

a) En relación a los elementos fácticos:

- ¿Quién aporta los gametos femeninos: la gestante, la requirente o una donante?
- ¿Quién aporta los gametos masculinos: uno de los requirentes o un tercero?
- ¿Percibe remuneración la gestante? ¿Se contempla algún tipo de compensación? ¿Se abona la obra social y alimentos a la gestante?
- ¿Existe algún vínculo entre los requirentes y la gestante? ¿Son familiares, amigos o extraños?
- ¿La gestante tiene hijos? ¿Tiene cónyuge o pareja? ¿Se los consulta?

- ¿Quién es el intermediario biotecnocientífico y cómo es su participación?
- b) En relación a los elementos jurídicos de la sentencia:
 - ¿La demanda se inicia antes de la concepción-fecundación, luego de la concepción-fecundación pero antes de la transferencia, durante el embarazo, luego del nacimiento?
 - ¿Se firma contrato con la gestante? ¿Quién lo firma? ¿Qué obligaciones y derechos involucra?
 - ¿La demanda plantea la inconstitucionalidad del art. 562 Cód. Civ. y Com.?
 - ¿La demanda consiste en una impugnación de maternidad y reclamación de filiación? ¿La demanda apunta a una inscripción directa de filiación? ¿Cómo se resuelve el vínculo con la gestante?
 - ¿Se contempla la obligación de los padres de informar al hijo sus orígenes?
 - ¿Cuál es el fundamento de la admisión de la maternidad subrogada en lo normativo?
 - ¿Se resuelve la nulidad del contrato por objeto contrario a las disposiciones de los arts. 279 y 1004 Cód. Civ. y Com.?
 - ¿Se toma en consideración el derecho a la identidad de los niños? ¿De qué manera?

El denominador común de estas sentencias es el hecho de que se trata de casos individuales, que pretenden legitimar la realización de una maternidad subrogada. No todas las sentencias analizan las cuestiones que hemos indicado y excede el alcance de este trabajo su estudio pormenorizado. La finalidad de esta reseña es mostrar la complejidad del tema y la cantidad de cuestiones jurídicas subyacentes que no fueron consideradas en la sentencia que comentamos. Esa omisión es inadmisibles, máxime que, como hemos dicho, se trata del primer fallo que pretende legitimar en forma colectiva a todas las uniones de varones para que inscriban como "hijos" a los nacidos por maternidad subrogada. A continuación, analizaremos algunos de los problemas jurídicos que plantea la sentencia.

IV. El problema de la competencia en cuestiones de filiación

En primer lugar, el fallo que estamos comentando insiste con la competencia de los tribunales CAyT de la Ciudad para entender en estas actuaciones. En este punto, el fallo se aparta de un antecedente del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de la Ciudad de Buenos Aires: "X., T. S. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (Expte. 11.927/15). Por su relevancia, realizamos un repaso de esa sentencia y procuramos confrontarla con lo resuelto en el caso que estamos comentando.

En 2015, el TSJ se avoca a analizar si el fuero CAyT es competente para entender en una causa donde los accionantes solicitan que se inscriban en el RECCP las partidas de nacimiento de dos mellizos que habían nacido a través de la técnica de maternidad subrogada. En el caso, según se relata en la demanda, la hermana de la actora fue la que llevó a cabo del embarazo y dio a luz a J. P. y J. el 16/07/2013. Los actores sostienen que "la inscripción solicitada no solo se limita a una cuestión formal de registro, sino que implica expedirse sobre el vínculo filial que debe reflejar el documento". La sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario había concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora contra la sentencia que resolvió confirmar la decisión de primera instancia que había declarado la incompetencia del fuero local para conocer en las actuaciones. En relación a este punto, el voto mayoritario del TSJ entendió que el recurso fue correctamente concedido por la CCAyT toda vez que se encuentra en juego lo establecido por los arts. 7º y 8º de la Convención de los Derechos del Niño, receptado por los arts. 10 y ccds. de la CCABA "[...] será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a preservar su identidad y las relaciones familiares de conformidad con la ley (...)". Asimismo, se encuentra afectada la garantía del "juez natural" —arts. 18 de la CN y 13 y ccds. de la CCABA— cuando la resolución recurrida ha sido desfavorable a la accionante e importa la denegatoria de su pretensión sobre la jurisdicción local.

Dentro del voto mayoritario del TSJ, la Dra. Weinberg rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y remarcó tres puntos que se desprenden del análisis de la normativa aplicable. En primer lugar, las inscripciones deben hacerse en un plazo perentorio a partir del nacimiento; por otro lado, que vencido dicho plazo, sea que se trate de una inscripción tardía o bien de una modificación sobre una inscripción ya realizada, se necesitará el dictado de una resolución judicial para cumplir con la pretensión. Por último, "la decisión judicial necesariamente trae aparejada la definición de una cuestión filiatoria, ya que si bien es cierto que el caso no requiere la solución de un conflicto de intereses entre partes, no menos cierto es que se persigue la definición de la relación filial de los menores, esto es: a quién se atribuye su maternidad, para lo que deberán aplicarse las normas del Código Civil y Comercial de la Nación".

En definitiva, para Weinberg la pretensión excede lo meramente registral cuando no se encuentra discutido ningún acto administrativo u omisión por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ni este

órgano podría dejar sin efecto los certificados de nacimientos de los menores donde se encuentra asentada la maternidad de la hermana de la actora prestadora del útero, así como tampoco definirla inscripción registral tardía y/o la modificación de las partidas de nacimiento que así lo acreditan de existir estos actos administrativos.

Por su parte, el Dr. Casás hizo énfasis en que los actores, mediante la técnica utilizada, han alterado los principios que rigen la materia en el Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la ley de fondo establece que madre es quien dio a luz. En definitiva, el magistrado entiende que "está en juego la dilucidación de ciertas cuestiones esenciales de la relación filial, que exigirá a los operadores jurídicos efectuar una valoración de los extremos probatorios arrojados y la interpretación de distintas normas del plexo jurídico; para lo cual se deberá contar con una especial versación en la materia. En este contexto, desde mi punto de vista, no existen dudas de que resulta competente para conocer en autos la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital (arts. 4º y 43 ley 23.637)".

Ahora bien, en el fallo que comentamos la sala I de la Cámara CAyT considera que "el objeto de la acción no persigue, en principio, despejar una cuestión de filiación de los menores en relación con sus progenitores, sino meramente registral, esto es, el modo en que corresponde anotar a los menores nacidos por... gestación solidaria, en el respectivo registro y con el debido resguardo de sus derechos". En función de que habría una "omisión" del RECCP sobre este punto, la sala concede competencia a la justicia de la Ciudad en lugar de la justicia nacional. Ahora bien, la registración nunca es algo puramente administrativo, sino que procurar reflejar hechos que refieren a la filiación. Y la filiación está regulada por el Código de fondo, que es el Civil y Comercial que excluyó la maternidad subrogada. Por otra parte, el RECCP no tiene atribuciones por sí para determinar cómo se establece la filiación. Eso fue fijado por el Cód. Civ. y Com. y por la ley 26.413 sobre los hechos constitutivos del Estado. De modo que la pretendida "omisión" no es tal, pues nada hay que reglamentar en relación a esta práctica que no es admitida en el ordenamiento jurídico. En todo caso, lo que están cuestionando los actores es que no se admite la maternidad subrogada y ello es un problema del código de fondo y nunca de la regulación registral. Claramente las normas que rigen lo registral obligan a documentar el parto y la identidad a partir del nacimiento, en línea con el Cód. Civ. y Com.

En definitiva, creemos que la sala I no alcanza a dar argumentos que justifiquen apartarse de lo que ya había resuelto el TSJ al sostener que debe resolverse una cuestión filiatoria previamente a la pretendida inscripción registral. Por lo tanto, en autos correspondía que intervenga la Justicia Nacional en lo Civil, que además de tener la competencia necesaria, posee una especial versación en la materia.

V. Una sentencia que soslaya el ordenamiento jurídico vigente

En la sentencia que comentamos, el Dr. Balbín sostiene: "los actores (...) expresamente invocaron la existencia de un fuerte estado de incertidumbre por la falta de regulación del método de 'gestión por sustitución' (sic) en el nuevo ordenamiento civil, sin perjuicio de no estar prohibido por la ley. Por tanto, cabe concluir que el método está permitido (art. 19 CN); sin embargo, la falta de regulación sobre cómo registrarlo causa un estado de inseguridad jurídica por ausencia de reglas que impide la inmediata inscripción del nacimiento teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el derecho a la identidad de los menores" (IV.2.c).

Nos permitimos disentir con el juez opinante. En efecto, son varias las normas que expresamente excluyen la posibilidad de inscribir en forma directa a un niño al nacer como hijo de una persona que pagó la técnica de fecundación artificial a una clínica que contrató a una mujer para que lo gestara y lo entregue a su nacimiento. Nuestro análisis se focalizará en tres ejes:

V.1. La maternidad subrogada no es una técnica autorizada

La ley 26.862 regula el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. Más allá de las críticas que nos merece esta ley y que exceden el ámbito de este comentario, se advierte que su texto en ningún punto admite la "maternidad subrogada", la gestación por sustitución o el alquiler de vientres, como técnicas autorizadas.

Además, vale enfatizar que estamos ante contrato nulo por su objeto, que consiste en la obligación de una mujer de gestar a una persona por nacer, concebida previamente por técnicas de procreación artificial, y entregarla a los requirentes luego del parto. Es un acto cuyo objeto es contrario a la moral y las buenas costumbres (art. 279 Cód. Civ. y Com.). Además, es un contrato que en el mundo ha dado lugar a inadmisibles formas de explotación de la mujer, afectando también la dignidad humana (arts. 51 y 279 Cód. Civ. y Com.). Además, cosifica al niño que es considerado como un objeto a ser entregado luego de su nacimiento.

Adviértase que el fallo que comentamos nada dice sobre la condición jurídica de la gestante durante la maternidad subrogada, si cobra o no, sus derechos y demás resguardos. Así, si se aplicara el fallo, podrían surgir

formas de explotación de mujeres con fines reproductivos en lo que constituye una grave práctica que es condenada por sectores de distintas procedencias.

V.2. La determinación de la maternidad

Fuera de los casos en que el Cód. Civ. y Com. contempla la utilización de técnicas de reproducción asistida, la filiación se rige por las reglas de la filiación por naturaleza. Pero además, en forma expresa el texto final aprobado, como hemos dicho, excluyó la "gestación por sustitución", de modo que la norma finalmente aprobada es clara en afirmar que la maternidad quede determinada por el parto: "Art. 562.— Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos". El fallo que comentamos nada dice sobre este punto y elude el problema al dirigir su enfoque hacia el problema de la registración civil.

Por otra parte, la maternidad subrogada choca con las políticas públicas que buscan preservar la relación madre-hijo, la pronta identificación del recién nacido, la protección del derecho a la identidad y la prevención del tráfico de niños. El fallo no adopta recaudos para prevenir estos problemas. Recordemos que hay figuras penales específicas sobre los actos de privación o sustracción de elementos configurantes de la identidad de un niño y ello configura una clara prohibición, que no es subsanable por la autonomía de la voluntad. Podemos mencionar la ley 24.540 (1995) y la ley 1226 de CABA que crea "el Sistema de Identificación del Recién Nacido y de su Madre, de aplicación obligatoria en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el cual tendrá por objeto asegurar a las personas su legítimo derecho a la identidad así como garantizar la indemnidad del vínculo materno filial".

Además, se ha omitido considerar la prohibición de la entrega directa de niños contenida en el art. 611 Cód. Civ. y Com., un texto que no deja dudas. Advuértase que el Cód. Civ. y Com. establece un plazo mínimo de 45 días antes que una madre entregue en adopción a un niño recién nacido [art. 607 inc. b)].

V.3. La cuestión registral y la filiación

Ya nos hemos referido al tema registral con ocasión de analizar el problema de la competencia. Aquí queremos enfatizar que la sentencia por un lado soslaya las normas sobre filiación que están presupuestas al hecho registral. Por otra parte, ignora la índole de lo que significa la registración. Nos explicamos.

La determinación de la filiación se realiza conforme a las normas que antes hemos indicado, especialmente en virtud de lo dispuesto por el art. 562 Cód. Civ. y Com. Así, la registración no es la instancia para resolver una eventual "impugnación" de filiación, pues ello se encuentra regulado por el Cód. Civ. y Com. y no por la ley 26.413.

Ahora bien, la sentencia además parece ignorar que la registración tiene notas propias que no se pueden manipular por las personas. El registro de un nacimiento es el registro de un "hecho". Ello supone indicar quién dio a luz. La registración no es por tanto "creación" de hechos, sino que debe procurar reflejarlos de forma fiel. Como sostuvieron Basset y Salaverri: "la obligación del Estado no es solo registrar, sino registrar de manera fidedigna" (2). Y continúan las citadas autoras: "el derecho registral, en tanto que recoge en odres de barro algo tan precioso como la identidad personal, familiar y social de un individuo; no puede escapar a la égida de influencia de los derechos fundamentales. Pero, además, cristaliza una biografía operando mutaciones en espectros de derechos de égida civil y personalísima. Supone además asegurar la estabilidad y seguridad jurídicas. De ahí que tomar el hecho registral como un procedimiento meramente formal comporte necesariamente una falacia. Hay una vinculación indisoluble entre registración y derecho de fondo" (3).

Por todas estas razones, creemos que la demanda debería haber sido rechazada, especialmente en resguardo de los derechos de los niños y de las mujeres implicadas.

VI. Los límites de la voluntad procreacional en el Cód. Civ. y Com.

Finalmente queremos analizar uno de los argumentos que el Dr. Balbín sostiene en su voto. El magistrado trae a colación la resolución 38/GCBA/2012 que establece en sus arts. 1º y 2º que el Registro Civil debe inscribir a los niños cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo, respetando la ley 26.618, equiparando las partidas y dejando constancia que el solicitante no biológico procede en los términos del art. 42 de dicha ley. Claro está que, por cuestiones biológicas, la norma solo puede referir al supuesto del matrimonio entre mujeres y no de hombres.

El juez afirma que "más allá de la literalidad del art. 562" (sic) el legislador permite la donación de gametos, por lo tanto, el reemplazo del vínculo biológico por la voluntad de las partes. En esa línea, alude que no resulta razonable la imposibilidad de inscribir a un menor como hijo de dos hombres, pero sí de dos mujeres.

Ahora bien, lejos de reemplazar el vínculo biológico por la voluntad de las partes, el Cód. Civ. y Com. establece que el punto de partida de toda filiación es el vientre materno. Esta regla responde a una conexión que el derecho reconoce desde antaño: el vínculo que una madre tiene con su hijo durante el embarazo. A partir de la madre, el derecho vincula al padre o al otro progenitor (4).

Más aún, la redacción literal del Cód. Civ. y Com. habla únicamente del reconocimiento de la "paternidad" (art. 571) y podemos decir que la ley de fondo se aparta del elemento voluntario para determinar la maternidad, quedando el parto como única regla.

La voluntad procreacional en el diseño normativo del Cód. Civ. y Com., más allá de las críticas de fondo que nos merece y que exceden a este trabajo, sirve para vincular al niño concebido con el otro progenitor y no reemplaza la determinación de la maternidad. Así las cosas, el legislador priorizó el elemento biológico de la filiación en la maternidad. Desligar un vínculo tan fundamental como la maternidad no hace más que cosificar a la mujer y al niño, contrariando el derecho a la identidad.

Por otra parte, cabe advertir que la maternidad subrogada está prohibida en todos los casos y ello por razones de orden público que hemos reseñado anteriormente, sobre todo vinculadas con la dignidad de la mujer y el niño. De allí que no pueda señalarse que existe una discriminación cuando se pretende acceder a una práctica injusta y violatoria de derechos.

Entonces, la pretensión de aceptar la maternidad subrogada implica un apartamiento de la normativa vigente, la voluntad del legislador y los vínculos más fundamentales dentro de la materia.

VII. Conclusión

La sentencia que comentamos resuelve un problema de competencia soslayando una clara y decisiva sentencia anterior del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Además, omite considerar numerosas normas que se ordenan a garantizar la vinculación entre madre e hijo, además de resguardar ese vínculo tan constitutivo de la identidad personal. Por otra parte, en tanto se trata de un amparo colectivo, avanza sobre un tema que fue expresamente excluido del Cód. Civ. y Com. por el Congreso, de modo que asume funciones legislativas. Esperamos que esta sentencia sea revertida y que de ese modo evitemos generar condiciones jurídicas que afecten los derechos de la mujer y de los niños implicados.

(1) "El Anteproyecto preveía la gestación por sustitución (...). Lamentablemente, la figura fue eliminada en una de las tantas modificaciones operadas en el camino a las que se hizo mención al comenzar este trabajo". KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", Ed. La Ley, 08/10/2014, año LXXVIII, nro. 190, p. 1.

(2) BASSET, Úrsula C. - SALAVERRI, Milagros, "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", DFyP 2014 (julio), 14/07/2014, 97, AR/DOC/1820/2014.

(3) Ídem.

(4) ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. La Ley, 2015, 1ª ed., t. III, p. 497.

Información Relacionada

Voces:

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ GESTACION POR SUSTITUCION ~
PROCESO COLECTIVO ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ COMPETENCIA ~ FILIACION ~
VOLUNTAD PROCREACIONAL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACION

Fallo comentado: [Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I
~ 2017-08-04 ~ Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros](#)