

Suprema Corte:

—I—

La sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió revocar la sentencia de primera instancia y disponer que la jueza de grado ordene, con la mayor premura posible, la inscripción del nacimiento de A. y V. con los datos filiatorios que surgen del consentimiento informado de C. A. S. y de las constancias del parto. Concomitantemente, dispuso que se resuelva la adopción por integración plena de los niños a favor de H. T. y se ordene su inscripción con el doble apellido T. S. y la emisión de los documentos nacionales de identidad correspondientes (fs.163/135).

Sostuvo que de los elementos obrantes en autos surge que, si bien al iniciar la acción los coactores H. T. y C. A. S. solicitaron la filiación como únicos padres, con exclusión de quien diera a luz en calidad de gestante por sustitución a los niños A. y V., la mencionada pretensión fue modificada por ellos, en forma libre y deliberada, con la correspondiente asistencia letrada, en una audiencia celebrada ante el juez, con la presencia del Defensor de Menores. De acuerdo al acta de la audiencia, expuso que los peticionantes allí expresaron : “ ... que han iniciado el proceso de adopción de integración de la niña A. T. En tal sentido, según sostiene el Defensor de Menores, se encuentra en condiciones de ser resuelta, a la vez, la situación de estado de familia de los tres niños creando idénticos vínculos paternos y fraternos, razón por la cual manifiestan que encausan la pretensión de modo tal que por vía de integración plena los tres niños sean hijos de ambos, optando por el apellido de familia ‘T. S.’, en forma plena y con extinción de cualquier otro vínculo de parentesco”.

Agregó que, en concordancia con lo solicitado en el instrumento público que obra a fs. 6/9, la gestante reconoce que, en primer orden, se encuentran los intereses superiores del niño o niños por nacer, intereses que, una vez ocurrido el nacimiento, estarán protegidos por diversas normas a nivel

nacional e internacional prestando la gestante absoluta conformidad a la adopción de integración a favor del conviviente del padre biológico.

Manifestó que, en oportunidad de presentar su dictamen — con anterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia—, y al fundar su recurso de apelación, el Defensor de Menores señaló que correspondía otorgarle a los niños A. y V. una solución de estado de familia idéntica a la de la niña A. T. Ello, argumentó, a fin de que los tres niños pasen a ser hermanos con plenos vínculos y posean la misma doble filiación y el mismo doble apellido T. S.

Expresó que, teniendo en cuenta lo peticionado por las partes, y la conformidad expresa del Defensor de Menores, la magistrada de grado se apartó de lo peticionado por las partes, que, a fs. 34, habían decidido encausar la pretensión para que, por vía de integración plena, los tres niños sean hijos de ambos.

Concluyó que la decisión de revocar la sentencia de la instancia anterior resguarda la igualdad entre los menores de edad respetando de esta forma su interés superior ya que los tres fueron concebidos por medio de fertilización asistida y mediante procreación por subrogación materna.

—II—

Contra ese pronunciamiento, tanto los accionantes como la mujer gestante interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 178/197 y 203/222, respectivamente), que contestados por el Defensor Público de Menores e Incapaces (fs. 249/253), fueron concedidos por la cámara (fs. 257).

En primer lugar, los accionantes sostienen que en el caso se verifica una cuestión constitucional y convencional ya que la decisión de la cámara desconoce el derecho humano a la voluntad procreacional mediante el acceso integral, sin discriminación con motivo de orientación sexual, a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la inscripción registral igualitaria de copaternidad (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional).

Señalan que la sentencia vulnera el derecho a conformar una familia que garantice el interés superior del niño, el derecho a la identidad y la protección de las relaciones familiares (art. 14 bis, Constitución Nacional y arts. 2, 3, 7, 8, 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas concordantes con jerarquía constitucional).

Puntualizan que el derecho a la voluntad procreacional se infiere como un derecho fundamental implícito del artículo 33 de la Constitución Nacional y de los contenidos derivados de los derechos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico. Explican que la garantía del derecho a la voluntad procreacional para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral, sin discriminación alguna, a las técnicas de reproducción humana asistida a través de la gestación por sustitución. Agregan que el método de la gestación por sustitución no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico argentino y, por lo tanto, está permitido de acuerdo a lo estipulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Con cita de doctrina de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantean que la decisión del *a quo* es contraria al principio de igualdad y no discriminación por orientación de género y, en tanto tal, se presume inválida salvo prueba en contrario. Explican que la alternativa de que la única fuente de filiación e inscripción registral de los nacimientos mediante el método de gestación por sustitución, respecto de una pareja compuesta por dos hombres, sea que el padre no biológico adopte por integración a los niños, en lugar de ser reconocido como copadre en base a su voluntad procreacional, vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. Citan numerosos precedentes jurisprudenciales que han garantizado la inscripción registral de copaternidad provenientes de distintas jurisdicciones de nuestro país y del extranjero.

Alegan que lo normado en los artículos 2, 7 y 8 de la ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida sumado al deber del Ministerio de Salud de la Nación de arbitrar medidas para asegurar el acceso igualitario a esas técnicas conlleva que la gestación por sustitución resulte parte inescindible del derecho a la voluntad procreacional.

Aducen que imponer la adopción por integración supone eliminar por vía jurisprudencial una de las fuentes de filiación prevista por el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación –la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida a través de la gestación por sustitución– como garantía del ejercicio efectivo del derecho a la voluntad procreacional, por cuanto utiliza una fuente filiatoria que no se condice con la voluntad expresada por los copadres y la mujer gestante.

Esgrimen, además, que se ha vulnerado su derecho a la protección de la familia en tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege un solo modelo de familia. Ante una situación de niños y niñas nacidas por gestación por sustitución respecto de una familia compuesta por dos hombres que expresaron su filiación socioafectiva, la identidad y la dignidad del grupo familiar se asegura mediante la inscripción registral igualitaria de la copaternidad.

En segundo lugar, sostienen que el proceso tuvo como objeto la inscripción registral igualitaria de la copaternidad. Expresan que, a diferencia de lo que plantea el *a quo*, en la audiencia celebrada ante la magistrada de grado a efectos de analizar el trámite de ambos procesos –el de la inscripción registral igualitaria de los niños A. y V. y el de adopción de integración de la niña A. T. – en ningún momento se modificó el objeto originario del proceso. Por el contrario, explican que, en aquella oportunidad, manifestaron que su pretensión era que se resolviese la situación de A. T., A. y V. mediante una decisión que permitiese la

“integración plena” respetando las distintas fuentes de filiación que emergían normativa y fácticamente.

Exponen que la sentencia de cámara construye una pretensión sobre la base de una voluntad que no es la suya e impone la visión moral de los miembros del tribunal sobre los alcances de la gestación por sustitución respecto de una pareja de la diversidad compuesta por dos hombres.

Manifiestan que el tribunal confunde el acta de consentimiento médico informado prestado por la gestante ante la clínica CEGYR, conforme lo establece el artículo 561 del Código Civil y Comercial, con el acta de consentimiento informado respecto de la gestación por sustitución celebrado posteriormente entre ellos como copadres y la mujer gestante. En relación a este último instrumento público sostienen que, si bien la mujer gestante presta conformidad respecto de la adopción de integración a favor del copadre no aportante, lo cierto es que ella no niega o prohíbe la posibilidad de optar por la inscripción registral igualitaria de la copaternidad. Expresan que dicha opción es la que se presenta como pretensión u objeto del presente proceso judicial y que, además, fue reconocida por la jueza de grado y plenamente consentida por quienes promovieron la solicitud de inscripción registral igualitaria de copaternidad.

–III–

Por su parte, el recurso extraordinario de la mujer gestante plantea que la sentencia desconoce su derecho a la libertad y a la autonomía personal, a la identidad y a la protección de la familia en sentido amplio y plural en relación con el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 bis, CN y normas concordantes de los pactos internacionales con jerarquía constitucional) en los términos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Atala Riffo y otros c. Chile” y “Fornerón e hija vs. Argentina”.

Esgrime que la sentencia de cámara refrenda erróneamente el planteo del Defensor de Menores en el sentido de que corresponde otorgarle a

los menores A. y V. una solución de estado de familia idéntica a la de la niña A. T. para que los tres niños pasen a ser hermanos con plenos vínculos u ostenten la misma doble filiación y el mismo doble apellido. Afirma que ese planteo constituye una falacia porque desconoce las diferentes fuentes filiales de A. T. (familia monoparental mediante gestación por sustitución y adopción de integración plena por parte de C. S.) y A. y V. (familia biparental mediante gestación por sustitución y filiación igualitaria de C. S. y H. T.) y que es un error jurídico confundir la determinación de la filiación con sus efectos.

Agrega que la vía de la adopción por integración viola su derecho a la identidad, el de sus hijos y el de los mellizos A. y V. Sostiene que ella no es madre de los niños ni desde el punto de vista jurídico ni del afectivo, que fue gestante de ellos pero no tuvo voluntad procreacional y que sus hijos no son sus hermanos. Expresa que ella no prestó conformidad a ninguna adopción ni podría prestarla porque no es pareja de C. S. que es homosexual y está en pareja con H. T. desde el año 2011. Manifiesta que el reconocimiento jurídico de que se trata de una adopción de integración implica asumir que ella es madre con la fuerza jurídica y psicosocial que ello significa y que tal situación implicaría instaurar abiertamente una mentira.

Asevera que el derecho a la identidad de sus hijos —que no formaron parte del proceso— también se ve involucrado en este caso en tanto se los conmina a asumir una realidad jurídica inexistente, cual es, que han tenido dos hermanos mellizos cuya madre los abandonó al consentir una adopción de integración. Puntualiza que la solución adoptada implica que los niños podrían, eventualmente, pedir la revocación de la adopción de integración plena (art. 633, Código Civil y Comercial) y hacer renacer la supuesta relación filial con ella. De este modo, sostiene, se estarían vulnerando sus derechos al imponerle una maternidad en contra de su voluntad, porque justamente hay carencia de voluntad

procreacional, así como los derechos humanos de sus hijos —dos de ellos personas menores de edad—, al asignarles un parentesco por fuerza judicial.

Menciona que es obligación constitucional y convencional respetar la identidad de cada forma de organización familiar y resalta que la Constitución Nacional no prevé un concepto único y cerrado de familia, línea que es seguida por el Código Civil y Comercial en total consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece la protección de un modelo amplio de familia.

Explica que ese código incorpora el reconocimiento legal de las personas del mismo sexo a tener descendencia y establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por adopción o por técnicas de reproducción asistida. La filiación derivada de la TRHA se determina en base a un elemento central que es la voluntad procreacional (deseo y decisión de ser padres) exteriorizada a través del consentimiento previo, informado y libre, elemento que se encuentra ausente de su parte en el *sub lite*. Destaca que cuando se llevó a cabo la práctica médica no se encontraban vigentes estas nuevas normas y que el consentimiento prestado por ella lo fue respecto del acto médico —ovorecepción de gametas femeninas— pero no exteriorizaba voluntad de procreación alguna en los términos de los artículos 560 y 561 del código de fondo.

Por último, sostiene que la sentencia es violatoria de garantías constitucionales en un doble sentido. Por un lado, vulnera el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, Constitución Nacional y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) dado que omitió ponderar el sentido de su voluntad y sus manifestaciones y la invisibilizó en el proceso de manera absoluta. Por otro lado, afirma que la sentencia es arbitraria ya que carece de fundamentación razonable en tanto no funda acabadamente por qué desconoce el profuso desarrollo jurisprudencial y doctrinario más contemporáneo en la materia.

–IV–

De los agravios expresados en el recurso corresponde considerar, en primer término, los articulados en relación a la violación del artículo 18 de la Constitución Nacional sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad pues, en caso de configurarse ese grave vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 338:1347, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores”).

En particular, corresponde aplicar aquí la doctrina de la Corte Suprema que establece que, en principio, la determinación de las peticiones de los litigantes es ajena a la instancia extraordinaria, salvo el caso de arbitrariedad, lo que acontece cuando el objeto de la condena no resulta congruente con la demanda y la decisión no significó suplir una omisión del litigante sino variar la acción que se dedujo (Fallos 297:71, “Di Serio”; 312:2011, “Bonafide; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 329:28, “Zubeldía”. En similar sentido, pronunciamientos de la Corte Suprema en las causas Y. 24. XLVII. RHE, “YPF SA c/ ACUMAR s/medida cautelar autónoma”, del 12 de mayo de 2015; y CIV 69715/2004/1/RH1, “Bercún Carlos y otros c/ SA La Nación y otros s/ daños y perjuicios”, del 4 de septiembre de 2018, resuelto de manera concordante con lo dictaminado por esta Procuración General de la Nación el 4 de agosto de 2017). En esa línea, esa Corte expresó que corresponde dejar sin efecto la sentencia por haberse excedido el *a quo* en sus facultades al mediar un manifiesto apartamiento de la relación procesal (dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte en Fallos: 329:28 op. cit.).

Bajo este prisma, entiendo que el *a quo* ha alterado infundadamente el objeto de la pretensión procesal y ha fallado sobre una petición no formulada por los peticionarios, de modo que el objeto de la condena no resulta congruente con la demanda. Por ello, la cámara se ha excedido en sus facultades

jurisdiccionales al apartarse de modo ostensible de la relación procesal, vulnerando el derecho de defensa en juicio.

En efecto, la sentencia apelada soslayó que la voluntad expresada inicialmente en el escrito de demanda por los peticionarios T. y S. fue ser inscriptos conjuntamente como padres de los niños y, en ningún momento fue modificada. Según surge de las constancias de la causa, los coactores no solicitaron la aplicación de la figura de la adopción de integración sino que ratificaron su petición originaria.

De allí que se equivoca la cámara al afirmar que “la pretensión fue modificada por ellos, en forma libre y deliberada, con la correspondiente asistencia letrada, en una audiencia celebrada ante el juez, con la presencia del Defensor de Menores”. Tal como los propios actores señalaron en sus presentaciones, y se detalla a continuación, su voluntad nunca fue la de petitionar la aplicación de la figura de la adopción de integración sino el reconocimiento de la copaternidad.

Según la secuencia de los actos cumplidos en el proceso, los actores se presentaron en sede judicial a fin de ser inscriptos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como padres de los niños A. y V. (fs. 21 a 28). Posteriormente, en la audiencia del día 1 de junio de 2016, convocada por la jueza de primera instancia de forma previa al dictado de la sentencia —y valorada por la cámara como elemento determinante para fundar su decisión— los señores T. y S. manifestaron que “encauzan la pretensión de modo tal que por vía de integración plena los tres niños sean hijos de ambos, optando por el apellido de familia ‘T. S.’, en forma plena y con extinción de cualquier otro vínculo de parentesco” (fs. 34 del expediente principal).

Como se advierte de los términos literales de la transcripción de las manifestaciones de los actores, en ningún momento se menciona la figura de la “adopción de integración” prevista en el código civil.

A su vez, más allá de la interpretación que pudiera efectuarse de los términos formulados en el acta, pocos días después de esa audiencia, en el escrito presentado el 14 de junio de 2016, los peticionantes reafirmaron —de modo inequívoco— el sentido de su pretensión. Allí expresaron: “solicitamos a V.S. que al momento de dictaminar tenga presente, conforme las constancias de autos, que la fuente de filiación surge del art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación como filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, cuyo factor determinante es la voluntad procreacional —artículo 562 de ese Código Civil— debidamente exteriorizada, conforme se expresa en escritura pública agregada en autos y se explicita claramente que quien ha dado a luz fue gestante, a través de ovodonación, no madre, y que los progenitores de los mellizos A. y V. T. S. son los aquí firmantes C. A. S. y H. T.” (fs. 51 vta. y 52).

Por su parte, la gestante, en la mencionada audiencia manifestó en sentido concordante con los peticionarios que “es su intención que los niños A. y V., que ella ha gestado y que son hijos biológicos del Sr. C. A. S. no mantengan vínculos jurídicos de parentesco con ella ni con su familia” (fs.33). En esa oportunidad, también refirió que se encontraba en plenas condiciones para prestar consentimiento, superado todo rastro de puerperio, y con la experiencia que le ha dado ser madre de tres hijos de 18, 14 y 6 años (fs. 33). Esta manifestación es consecuente con lo expresado en el instrumento que luce a fs. 6/9 —cuya transcripción parcial por el *a quo* ha modificado el sentido de lo allí expresado— en el que ella indicó que “acepta que se pueda solicitar en forma provisoria la inscripción antes del nacimiento a nombre de los comitentes, y que una vez ocurrido el nacimiento se peticione a las autoridades registrales o judiciales en su caso, la inscripción sólo a nombre de los comitentes renunciando a sus derechos maternales”.

De las constancias de la causa se desprende entonces, que la gestante ha sostenido antes (fs. 6/9), y luego del nacimiento de los mellizos A. y V.

(fs. 33), su voluntad de no mantener vínculos jurídicos con ellos, es decir, ha manifestado de modo claro que carece de voluntad procreacional y, hasta el día de la fecha, a lo largo del proceso judicial ha apoyado invariablemente la petición original de los coactores.

En este orden de ideas, otro elemento de suma relevancia que ratifica el sentido de la voluntad expresada tanto por los accionantes como por la mujer gestante en el proceso, es que ninguno de ellos interpuso recurso de apelación contra la sentencia de grado y, por lo tanto, ésta resultó consentida. En este punto, cabe resaltar que la decisión fue únicamente apelada por el Defensor de Menores y el fiscal de la causa. Si la voluntad de los demandantes hubiera sido la que indica la sentencia de cámara, es decir, la reformulación del objeto procesal, lógicamente hubieran apelado la decisión de primera instancia que establecía la inscripción registral de copaternidad.

Cabe hacer notar también que la propia jueza de grado al resolver del modo en que lo hizo, con posterioridad a la celebración de la audiencia del 1 de junio de 2016, interpretó concordantemente en su sentencia que la solución que proponen los peticionantes a fojas 51/52, es la inscripción del nacimiento de los niños como hijos de ambos (sentencia fs. 61 vta.).

Para más, en el escrito de recurso extraordinario los accionantes explicaron sus propias expresiones volcadas en la audiencia del 1 de junio de 2016, y ratificaron que, en sentido contrario a lo sostenido por la cámara, no modificaron el objeto de la acción, sino que su “pretensión era que se resolviese la situación de los 3 niños mediante una decisión que permitiese la integración plena respetando las distintas fuentes de filiación que emergían de la normativa” (fs. 34 y 34 vta.).

En suma, el tribunal *a quo* alteró la pretensión procesal de los accionantes, quienes habían formulado sus planteos de manera expresa y oportuna a lo largo del proceso judicial; tanto los actores para que se los reconozca

como padres de los niños, como la mujer gestante para que no se la reconozca como madre de los mellizos al carecer de voluntad procreacional. De ese modo, la cámara se expidió sobre una petición no formulada, en exceso de su jurisdicción y transgrediendo el principio de congruencia, por lo cual, el pronunciamiento impugnado debe ser descalificado por aplicación de la doctrina de arbitrariedad (Fallos: 312:1612, "García"; 313:279, "Tustanoski", entre otros).

Por último, cabe mencionar que el vicio de arbitrariedad señalado guarda relación directa e inmediata con la afectación de las garantías constitucionales que se alegan vulneradas, en particular, con el derecho de defensa en juicio y el debido proceso. Ello es especialmente grave en el presente caso en función de los derechos fundamentales invocados, como el derecho a la identidad de los niños, la protección de la vida privada y familiar, la autonomía personal y el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual.

-V-

Por lo tanto, opino que corresponde admitir el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Buenos Aires, 27 de junio de 2019.

ES COPIA

VICTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación