

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria

The prevention as mean of protection of personal rights. Its deployment in cases of solidarity gestation

Adriana N. Krasnow*

Resumen

Este artículo describe la prevención como un medio de protección de los derechos personalísimos comprometidos en los casos de gestación solidaria, desde un abordaje que guarda sintonía con la visión constitucional y convencional en la que se inscribe el Código Civil y Comercial argentino. En este marco y considerando los principios y valores propios del Derecho de las familias, se analiza la prevención como instrumento y como función de la responsabilidad civil, siguiendo para ello un recorrido que describe el derecho a la prevención y a la reparación del daño en perspectiva constitucional y convencional. La descripción que se informa, permite llegar al estudio de la voluntad procreacional como elemento que contribuye en la elaboración de medidas dirigidas a evitar la producción de un daño en la persona. Todo lo expuesto se ilustra a lo largo del desarrollo con el relato de historias de vida que ponen de manifiesto el continuo contacto entre norma y realidad.

Palabras clave: persona; prevención; derechos personalísimos, gestación solidaria

Abstract

This article describes the prevention as a mean of protection of personal rights which are compromised during the solidarity gestation from an approach that is in line with the constitutional and conventional vision in which is involved the Argentinian Civil and Commercial Code. In this framework and considering the principles and values of Families Law, following for that a path that describer the right to the prevention and reparation of the damage in a constitutional and conventional perspective. The description that is informed, allows to arrive to the study of the procreational will as an element that contributes to the elaboration of measures directed to avoid the production of a damage to the person. All the above is illustrated during the development of life stories telling that highlights the continuous contact between rule and reality.

Key words: person; prevention; personal rights; solidarity gestation

* Investigadora Independiente, CONICET. Doctora en Derecho. Profesora Asociada, Derecho Civil V (Derecho de las familias), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora Titular, Derecho Civil V (Derecho de las Familias), Facultad de Derecho, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (Rosario). Correo electrónico: adrikrasnow@gmail.com

Recibido: 06/02/2018- Aceptado con correcciones: 2/05/2018

La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria

Adriana N. Krasnow*

1. Introducción

Considerando que esta colaboración se inserta en el número especial “*Las familias y el derecho de las familias a dos años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación*”, nace el interés por abordar un objeto que permita mostrar como el Derecho privado y como un sector del mismo, el Derecho de las familias, se despliega a través de un continuo diálogo de fuentes.

En este marco, el estudio que se emprende, se limitará a definir cómo y con qué alcance la prevención penetra en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), especialmente en el marco de la gestación solidaria. A través del análisis que se propone, el lector tendrá la posibilidad de apreciar como las exigencias que instala el tiempo presente, derivan en la necesidad de evitar abstracciones para así concentrar la atención en la realidad.

Esto que decimos se enlaza con las distintas formas de vivir en familia que se visualizan en la realidad que nos incluye; situación que motivó ampliar los contornos del Derecho de las familias. De esta forma, la disciplina de referencia regula sus institutos considerando el derecho que toda persona tiene de construir su proyecto de vida con libertad y autonomía.

El pensar los institutos en función de la persona, permite afirmar que toda amenaza o producción de un daño exige evitarlo o disminuir sus alcances de haberse producido. Esta visión es la que permite hacer posible la prevención y la reparación del daño en el terreno de las relaciones jurídicas familiares. Lo cual puede verse plasmado en la recomendación I de las Conclusiones de la Comisión N° 3 “Daños en las relaciones de familia” de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2015 realizadas en Bahía Blanca donde se establece que

* Investigadora Independiente, CONICET. Doctora en Derecho. Profesora Asociada, Derecho Civil V (Derecho de las familias), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora Titular, Derecho Civil V (Derecho de las Familias), Facultad de Derecho, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (Rosario). Correo electrónico: adrikrasnow@gmail.com

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

“El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares”.

Arribar a esta afirmación fue el resultado de un proceso que reconoce como antecedente una posición que mayoritariamente rechazaba la introducción de la responsabilidad civil en el Derecho de familia. Un nuevo horizonte logró consolidarse con la reforma constitucional de 1994, el cual resulta fortalecido con el régimen que instala el Código Civil y Comercial (en adelante, CCC).

Con respaldo en el modelo descripto, en los apartados que siguen se abordará el objeto propuesto: definir cómo y con qué alcance la prevención funciona en la filiación por TRHA, especialmente en los casos de gestación solidaria. Previo a esto, se entiende necesario explicar las reglas contenidas en el Título Preliminar del CCC, en especial las que refieren a interpretación, integración y aplicación contenidas en los artículos 1° a 3°, puesto el alcance de las mismas se extienden a todos los sectores del Derecho privado. Seguidamente, se traslada la atención a las funciones de la responsabilidad civil, considerando el régimen dispuesto en el Capítulo 1 “Responsabilidad civil” del Título V “Otras fuentes de las obligaciones” inserto en el Libro Tercero “Derechos personales”.

Este encuadre general, se hace con el objeto de avanzar en el desarrollo de aspectos transverdales vinculados con el problema propuesto, para así elaborar propuestas realizadoras de la necesaria interrelación entre la función preventiva de la responsabilidad civil y la gestación solidaria.

2. Enunciados que informan cómo se deben interpretar y aplicar las normas contenidas en el Código Civil y Comercial

Como señalamos, iniciamos el estudio con un breve análisis de los arts. 1° a 3° del Título preliminar¹. Determnos en estos preceptos tiene como finalidad, mostrar como en el modelo vigente cada caso debe ser abordado atendiendo a sus particularidades, mediante el recurso a las normas, principios y valores que integran el sistema.

¹ Sobre el tema, véase entre otros: Bazán, 2014, 761; Gil Domínguez, 2015 y Rosatti, 2016.

Es por ello, que el artículo 1² ordena que todo caso enmarcado en el derecho privado debe ser resuelto armonizando lo dispuesto en el CCC con la base axiológica emanada de las normas de superior jerarquía, respetando el orden establecido por el sistema de fuentes interno: Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía expresamente reconocidos en la Carta Magna (art. 75, inc. 22) o elevado por el procedimiento dispuesto por la misma (art. 75, incs. 22 y 24); instrumentos internacionales de derechos humanos de rango inferior ratificados por el Estado argentino; los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o lo interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.

Especial importancia reviste la referencia en el texto del término “caso”, puesto que su inclusión indica que la respuesta para cada situación es única y, tratándose de casos de familia, el intérprete siempre deberá indagar y rescatar los elementos y problemas que cada historia de vida presenta para así arribar a una respuesta tuitiva de la persona en cuestión.

En vinculación con lo precedente, el art. 2° del CCC informa sobre el cómo se debe interpretar³. Conforme su espíritu, el intérprete al momento de subsumir un caso en la norma, tendrá que desplegar una labor que como apuntamos no se limite a lo que dice, sino que atienda a su finalidad. No debe realizar esta tarea aislando a la norma del todo, sino por el contrario, desde un lugar que facilite la vinculación con normas análogas y normas de validez primaria. En suma, debe abstraerse de estructuras rígidas para así acceder a una respuesta realizadora de los derechos comprometidos en la situación a resolver

En sintonía con lo expuesto, el art. 3⁴, establece el deber del juez de arribar a una decisión “razonablemente fundada”, extendiéndose la razonabilidad tanto a la definición de la norma o normas de aplicación, como así también, a la contemplación de los valores y derechos comprometidos.

² “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o lo interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho”. (Art. 1 CCC).

³ Art. 2 CCC: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

⁴ Art 3 CCC: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

3. El derecho a la prevención y a la reparación del daño en perspectiva constitucional y convencional

En correspondencia con lo que se viene diciendo, resulta coherente sostener que la responsabilidad civil debe abordarse en clave constitucional y convencional. Desde esta perspectiva, en cada caso a resolver deben respetarse las reglas siguientes: a) el derecho a la reparación no surge de la sola voluntad del legislador, sino del constituyente; b) el legislador puede reglamentarlo, pero no ignorarlo; c) la reglamentación legislativa debe ajustarse a un criterio de razonabilidad; d) admite un control de constitucionalidad y de convencionalidad.

El respeto de estas reglas se corresponde con la especial protección que el CCC destina a la persona, siendo una manifestación de su espíritu lo dispuesto en los arts. 51 y 52. El primero dispone que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y el segundo completa esta máxima cuando expresa que la “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos [...]”.

La interpretación conjunta de ambos enunciados, indica que todos los derechos personalísimos encuentran su fuente en el derecho a la dignidad y la afectación de cualquiera de ellos también importa una lesión de la dignidad personal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: “... el hombre es centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental ... los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana ...” (CSJN “Bahamondez Marcelo”)⁵.

A los fines de mostrar como la apertura descrita se replica en otros precedentes de la Corte, se traslada una breve reseña de cómo se fueron extendiendo estos nuevos contornos en los distintos sectores del Derecho privado. Empecemos por el conocido caso “Santa Coloma”. Se trataba de una demanda de daños promovida por dos cónyuges contra la Empresa Ferrocarriles Argentinos por los daños morales y materiales derivados de un

⁵. En igual sentido, Vigo y Herrera manifiestan que “... cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre. De ahí la íntima relación que hay entre los conceptos de persona humana y dignidad humana [...] (Vigo y Herrera, 2015, 37).

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

accidente ferroviario en el que perdieron la vida tres de sus cuatro hijos, quedando con diversas heridas el otro. Contra la decisión de la Cámara que redujo el monto de la condena respecto de lo sentenciado en la instancia anterior, los actores dedujeron el recurso extraordinario que en queja llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN). El Tribunal resolvió desestimar la sentencia apelada, rescatándose entre los argumentos el considerando siete que expresa:

La sentencia que desconoció a los padres de tres menores que fallecieron en un accidente ferroviario el derecho a una indemnización por daño material y redujo sustancialmente el resarcimiento del daño moral lesiona el principio ‘alterum non laedere’ que tiene raíz constitucional —art. 19 de la CN— y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna... (CSJN “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”)

En relación a la afectación del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes, llegó a conocimiento del Máximo Tribunal un caso en el que la vulneración de este derecho tuvo origen en el accionar de los medios de prensa y en otro por la conducta de los progenitores. En el primero se dijo:

La tutela preventiva dirigida a hacer efectiva la protección a la intimidad de un menor no obsta a que ésta pueda limitarse a lo estrictamente indispensable, permitiendo de este modo el derecho de informar, pero evitando que a través de la publicación pueda provocarse un daño irreparable ... Tratándose de la intimidad de un menor, resulta importante reconocer al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, pues su agravio genera un daño irreparable porque no es mensurable y porque producida la información lesiva, ésta no se puede retrotraer ... Corresponde hacer saber a los medios de prensa que las noticias que involucran a una menor que reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, no podrán contener aquellos datos que puedan conducir a su identificación, pues representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público ...” (CSJN “S., V. v. M., D. A.”).

Respecto al segundo,

En el marco de un proceso judicial a los fines de que, en cumplimiento de una sentencia

extranjera, se proceda a la restitución de dos menores que fueron ilegítimamente retenidos en el país por parte de su progenitora, y habiéndose acreditado que ésta y su actual pareja, han expuesto públicamente el conflicto parental en diferentes redes sociales de Internet, publicando fotografías, notas y opiniones, -a las que se puede acceder con solo escribir el nombre de las partes en cualquier buscador de la red-, y en las que se ven involucrados los menores en cuestión, corresponde exhortar a los progenitores a que, sin perjuicio de la colaboración que deben brindar en el cumplimiento de la restitución, se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de la vida de los niños, a los fines de resguardar el derecho a la intimidad ...” (CSJN “V.D.L”).

Como se desprende de los dos pronunciamientos, la efectividad del derecho en cuestión es una responsabilidad que recae en el Estado, progenitores y sociedad. Para su realización, el Estado debe respetar la privacidad e intimidad de la familia y en el caso que su intromisión resulte legítima ante un compromiso de derechos, deberá articular los medios que permitan preservar la integridad familiar. En esta línea, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) dice: “El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y del niño”

Retomando el análisis de la doctrina de la Corte nacional, cabe citar el caso “María Belén Rodríguez”. Una modelo promueve una demanda contra dos buscadores de internet por haber utilizado, comercialmente y sin autorización, su imagen, vinculándola a sitios eróticos y/o pornográficos. Si bien la Corte por mayoría rechaza la demanda, en el voto en disidencia parcial de los ministros Lorenzetti y Maqueda, se hizo referencia a la prevención del daño:

La modelo que demandó a un buscador de Internet en el cual su imagen aparecía ligada a sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico tiene derecho a solicitar que se elimine de las bases aquellas vinculaciones entre su persona y las páginas referidas que haya identificado en forma precisa, comprobado el daño que la vinculación ocasiona, pues esto constituye un tipo de reparación ulterior, autónoma de la resarcitoria, que evita toda generalización que pueda afectar la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, la garantía constitucional de la libertad de expresión ... Atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces a sitios web que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos....

Corresponde cerrar la reseña, con la doctrina expuesta por la CIDH en el caso “Furlan y familiares c. Argentina”. El 21 de diciembre de 1988, el niño Sebastián Furlan de 14 años de edad, mientras jugaba en un predio cercano a su domicilio, recibió un fuerte golpe en la cabeza producto de la caída de un travesaño en un predio propiedad del Estado argentino. Este hecho le ocasionó una discapacidad cognitiva y motora irreversible. El 18 de diciembre de 1990, el padre interpone una acción de daños y perjuicios contra el Estado Argentino por el daño causado al hijo. El fallo de primera instancia se dicta después de transcurridos diez años desde el inicio del proceso.

Después de atravesar todas las instancias de la justicia nacional, el caso llega a la CIDH, órgano que se pronuncia el 31 de agosto de 2012. Entre los argumentos que se vinculan con el objeto de estudio, se destacan:

Habiéndose probado la desintegración del núcleo familiar de un niño con discapacidad, así como el sufrimiento padecido por todos sus integrantes, como consecuencia de la demora excesiva en el proceso civil tendiente a obtener una indemnización ... el Estado argentino violó el derecho a la integridad personal —art. 5 de la CADH— y el derecho de acceso a la justicia —arts. 8.1 y 25 de la CADH— en perjuicio de la víctima y su familia ... Si el objetivo primordial para el cual se interpuso una demanda en el fuero civil, era obtener un resarcimiento por daños, el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar el cobro de la indemnización, es parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable ... El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar la discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad

De las razones expuestas surge que la Corte sanciona al Estado argentino por la falta de protección de un niño con discapacidad que a la época de recibir una respuesta de la justicia argentina había llegado a la adultez. Un aspecto a destacar que adquiere relevancia es el factor tiempo como elemento condicionante de la efectividad de derechos. Sobre el particular, la CIDH en otro caso declaró: "... los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades ...” (CIDH: “L. M.

Medidas provisionales respecto de Paraguay”).

Adelantamos que en la gestación solidaria, el factor tiempo junto con la voluntad procreacional, constituyen elementos trascendentes cuando se determina la filiación de una persona nacida por este procedimiento, puesto que la incertidumbre que produce la falta de inscripción importa una vulneración de derecho y con ello la producción de un daño.

4. El derecho a la prevención y a la reparación del daño en el Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho de las familias

4.1 Marco:

Partiendo de considerar que el Derecho privado tiene como fin la protección de la persona, en el ámbito de la Responsabilidad civil se reconoce la reparación integral frente a toda clase de afectación de derechos personalísimos. Como tiempo atrás expresó Mosset Iturraspe Mosset Iturraspe (2001: 7), la aceptación de la reparación del daño causado a la persona es un reconocimiento del valor humanidad, en el sentido de entender al hombre como un fin y no como un medio.

Con esta perspectiva, De Lorenzo dijo

No sorprende por tanto que, con diversos matices y grados de aceptación en la teoría jurídica, aparezcan nuevos sujetos pasivos del ‘no dañar’ que obligan tanto al jurista como al filósofo contemporáneo a repensar su alcance debido a una suerte de indeterminación sobreviniente del principio, en gran parte debida a la constitucionalización de la cultura jurídica ... Así, podría mencionar, como los ‘nuevos otros’ a las generaciones futuras (art.41 CN); a la naturaleza ; a la especie humana o a la humanidad ; a las comunidades indígenas ; al colectivo que titulariza derechos de incidencia colectiva; al propio individuo ... Sin contar que, en los últimos años, el derecho de familia también aporta nuevos ‘otros’ a raíz de la evolución de la relación entre éste y el derecho de daños ...”(2014: 1350).

En sintonía con esta apertura, el CCC consagra expresamente el principio de reparación plena o integral en el artículo 1740⁶. Respecto a los daños susceptibles de reparación, el art.

⁶ Art. 1704 CCC: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie ...”.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

1738⁷ conserva la clasificación del daño en patrimonial y extrapatrimonial. La referencia a la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida no supone el reconocimiento de otros daños, sino que busca a través de la mención expresa enfatizar que el amparo se centraliza en la persona.

Trasladando lo expuesto al Derecho de las familias, los supuestos que ameritan el derecho a la reparación no se aproximan a las situaciones que legitiman la reparación por un hecho ilícito y en ciertos supuestos indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos, como el deber de reparación que recae en quien atropella a un peatón (Alterini *et al*, 1998, 153.). Por el contrario, se presentan en el seno de la familia frente a la afectación de los deberes derechos que hacen al contenido de las relaciones jurídicas familiares, mencionando a modo de ejemplo el incumplimiento del deber de alimentos. Esta conducta merece ser encuadrada como antijurídica por ser la expresión del incumplimiento del deber genérico de no dañar (art. 19, CN y art. 1716, CCC)⁸.

Admitiendo la entrada de la responsabilidad civil en el Derecho de las familias, se comprueba como en el CCC, se distinguen en el Libro Segundo “Relaciones de familia” las normas orientadas a las prevención de un daño⁹ y las normas que implícita o expresamente reconocen el derecho a la reparación¹⁰. A esto, debe sumarse lo dispuesto en los arts. 51 y 52 del CCC que oportunamente citamos.

Con el encuadre que precede, se está en condiciones de avanzar en el estudio de la función preventiva.

4.2 La función preventiva

Retomando el análisis desde lo macro, se reconocen en el CCC dos funciones de la responsabilidad civil: la función reparadora y la función preventiva. Puede surgir la pregunta acerca de qué se entiende por función. Para develar esto, resulta claro el pensamiento de

⁷ Art. 1738 CCC: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

⁸ La que constituye a su vez una obligación distinta respecto del deber general de no dañar.

⁹ Entre otros, arts. 449, 482, 515, 583, 595, 596, 621, 655, 676, CCC.

¹⁰ Arts. 553, 577, 587, CCC.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Kemelmajer de Carlucci:

La palabra ‘función’, como tantas otras usadas en el mundo jurídico, tiene diversos significados. En un sentido, quiere decir ‘relación’; por ejemplo, la demora del viaje está en función de la distancia; o la vida útil de un auto está en función de su uso. En otro, significa ‘finalidad’ o ‘propósito’; por ejemplo, una de las funciones de la pena es prevenir la comisión de nuevos delitos. Obviamente, el artículo 1708 del CCyC usa la expresión en este segundo sentido ... (2016, 358).

Atento la explicación que precede, la finalidad de la función preventiva consiste en evitar o disminuir los alcances de un menoscabo a la persona y sus derechos (art. 1708, CCC), extendiéndose a ésta el ámbito de actuación del principio constitucional “*alterum non laedere*”. En este sentido, en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma se dijo “Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz

El propósito preventivo que hoy tiene la responsabilidad civil también se encuentra en el Derecho de las familias, como surge en varias normas del Libro Segundo “Relaciones de familia”, explicitadas en el apartado anterior. Esto motiva decir que también resultaría viable el planteo de una acción preventiva cuando se constate una posible afectación de derechos de quienes son parte de la familia.

Para avanzar en esto último y limitar el abordaje a la gestación solidaria, corresponde brindar al lector una previa explicación de la función en estudio. El art. 1710 del CCC¹¹ contiene un encuadre que permite rescatar sus elementos. En primer término, corresponde señalar que consagra en el inc. a) el deber general de no dañar a otros, el cual como se dijo es un principio constitucional y convencional¹². En relación a su alcance, expresa que la prevención del daño comprende el deber de evitar la producción de un daño o disminuir su magnitud si se hubiera producido. Por tanto, la prevención comprende tres elementos: a)

¹¹ Art. 1710 de CCC: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”. Se elaboró siguiendo como fuente el art. 1585 del Proyecto de CCC de 1998.

¹² En esta dimensión fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”; “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, “Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA”, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

evitar un daño; b) disminuir la dimensión del daño si empezó a producirse; c) no profundizar el daño producido (Seguí, 2012).

En esta dimensión, el legislador regula la acción preventiva, respetando los lineamientos elaborados por la jurisprudencia previa a la reforma, destacándose entre los precedentes, el caso "Camacho Acosta" que oportunamente citamos. Así, el art. 1711 dispone: "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución"¹³.

A los fines de transmitir una mayor claridad sobre el particular, resulta oportuno acompañar el aporte de Peyrano cuando al definir esta acción señala que

...tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible...(2015 a y b, s/n¹⁴).

Atento los términos legales y la definición que citamos, se exige como presupuesto de procedencia la concurrencia de una acción u omisión antijurídica que guarde relación de causalidad con un daño que previsiblemente puede acontecer o que ya se hubiera producido para evitar su continuación o profundización. Expresamente la norma aclara que esta acción no depende de la concurrencia de un factor de atribución, puesto que al tratarse de una conducta probable no puede valorarse con antelación el aspecto subjetivo. Asimismo, corresponde decir que su viabilidad depende de la ausencia de una causa de justificación (art. 1717, CCC).

Respecto a los legitimados para el planteo, el art. 1712 con un criterio amplio comprende a "... quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño". Como señala Seguí "El deber de prevención se extiende a todos aquellos que por su posición pueden estar en

¹³ Sobre el tema, véase entre otros: Bestani, 2016; Leiva, 2016; Quadri, 2016; Meroi, 2016; Mosset Iturraspe 2008, 10.

¹⁴ Al resultar una cita online sin, decidimos utilizar la expresión s/n para señalar que no se puede identificar la página en la cual se encuentra pues resulta un documento único sin numeración.

condiciones de evitar un daño...” (2012 s/n).

Por último, resulta oportuno señalar que puede plantearse como acción autónoma o como medida accesorio en un proceso principal, como sería una acción de daños y perjuicios con una cautelar preventiva como ocurrió en el caso de la CSJN “Camacho Acosta”. En la misma senda, el lector podrá apreciar en el apartado siguiente, cómo en los casos de gestación solidaria se fueron diseñando estrategias orientadas a superar tanto el silencio respecto a este procedimiento como el límite proveniente del art. 562 del CCC.

5. La voluntad procreacional como elemento que coadyuva a la prevención de un daño en los supuestos de gestación solidaria¹⁵. Un estudio desde el análisis de casos

5.1 Aclaración previa

La flexibilidad seguida por el legislador al regular los institutos que constituyen el Derecho de las familias en el CCC, posibilitan ordenar medidas en la justicia que se orientan a la prevención de daños no producidos o aminorar los perjuicios ya causados. En la filiación por TRHA se observa un amplio despliegue en este aspecto. En esta ocasión, el abordaje se concentra en algunas de las historias de vida que no pudieron quedar reservadas al mundo íntimo, por tratarse de personas que al recurrir a un procedimiento silenciado en la norma, se encontraron ante la necesidad de acudir a la justicia para alcanzar el emplazamiento filial. Como a la fecha se registra un número importante de pronunciamientos que resuelven problemas relativos a la gestación solidaria y abordar el conjunto no resulta factible en esta colaboración, se hizo un recorte que permitió rescatar aquellos fallos que denotan la adhesión a una visión preventiva.

5.2 La función preventiva como medio de acceso a pronunciamientos judiciales razonables en casos de gestación solidaria

En la versión de Anteproyecto, se regulaba en el art. 562 la gestación solidaria con un alcance que reconocía límites precisos. A saber:

¹⁵ Denominamos este procedimiento “gestación solidaria” en lugar de “gestación por sustitución”, por entender que esta forma de nombrarla se corresponde con la finalidad que persigue su empleo. En la misma línea se enroscan Proyectos de ley con estado parlamentario (Proyecto 3202-D-2017 de 14 de junio, “Gestación solidaria”; Proyecto 5700-D-2016 de 31 de agosto, “Regulación de la Técnica de Gestación solidaria”).

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Art. 562, Proyecto CCC: “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 sólo 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. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Cuando el proyecto recibe media sanción en la Cámara de Senadores, se omite su contemplación. Finalmente, el CCC se convierte en ley con el mismo texto que fuera aprobado en el Senado. Esto se hace en un contexto en el que regía la ley 26.862¹⁶ y su decreto reglamentario 956/2013, normas que ponían en evidencia su reconocimiento implícito. Además, esta afirmación encontró un respaldo mayor en los arts. 1 a 3 del CCC¹⁷.

En este escenario, se percibe en la justicia un comportamiento que en la mayoría de los supuestos elabora respuestas razonables por ser el resultado de una previa labor de interpretación y aplicación del sistema en contacto directo con las circunstancias de hecho. Como argumento común se destaca la valorización de la voluntad procreacional como elemento que permite definir en todos los supuestos de filiación por TRHA el emplazamiento

¹⁶Sancionada el 5.6.2013 y publicada en el Boletín Oficial el 26.6.2013. Art. 2: "Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación". El alcance amplio que se desprende de este enunciado en sintonía con lo dispuesto en los artículos 1, 6, 7, 8 y 9 de la misma ley originó en muchos la convicción de que la gestación por sustitución cuenta con recepción legal en el derecho interno.

¹⁷ Sobre gestación solidaria, véase entre otros: Lamm, 2015,2013, 2012, 2012; Kemelmajer de Carlucci *et al* 2013, 2012; Gil Domínguez 2015; Famá, 2017; Krasnow, 2017, 2016a y 2016b.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

filial; comprendiendo y legitimando desde esta visión el procedimiento en estudio por considerarlo un camino legítimo de realización del proyecto de vida personal y familiar.

Atento el criterio de selección explicitado, se deriva la atención al estudio de las historias de vida.

Se inicia el recorrido con el caso más cercano en el tiempo, resuelto por el Tribunal Colegiado de Familia N° 7 “H., M.E. y otros s/venias y dispensas”, de la ciudad de Rosario, de fecha 5 de diciembre de 2017.

De los hechos surge que la Sra. M.E.H. y el Sr. I.O. solicitan autorización para la realización de transferencia de embriones a través de la gestación solidaria por parte de la Sra. A.H. y subsidiariamente, para el caso de prosperar la autorización, solicitan que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño/niña/s, concebido/s, a su nombre. Relatan las dificultades que atravesaron, después de transitar tres embarazos con un desenlace no esperado, producto de la “trombofilia” que se diagnóstica a la mujer después de la primera pérdida a lo que se sumó la enfermedad de HELLP. Pasado más de un año del último embarazo, la hermana de la mujer le propone a la pareja prestarle su vientre, contando para ello con el apoyo de su esposo e hijos. Incluso fueron los mismos niños, quienes permitieron vencer en los adultos los miedos y prejuicios que tenían respecto a la gestación solidaria.

Esta realidad familiar en la que a través del afecto se intercambiaron roles con un fin legítimo y valioso como dar vida y con el solo impulso del amor que los unía, permitió iniciar otro camino válido para poner en ejercicio la voluntad procreacional. El apoyo incondicional que recibieron de la familia en sentido amplio, les permitió sumar la socioafectividad como elemento nutritivo para avanzar. Con este contexto, la jueza de trámite hace lugar a la pretensión esgrimida. Después de un análisis consistente y respetuoso del sistema de fuentes interno, se logra como resultado una norma individual ejemplar. Entre las notas que se vinculan con el tema, se rescatan

cabe aclarar que, ante la falta de regulación expresa respecto de la pretensión esgrimida, dada la delicada sensibilidad del tema y los fundamentales derechos en juego, nos obliga a realizar el análisis de la situación actual, a la luz del ordenamiento jurídico en general, desde una visión integradora y en diálogo de fuentes internas y convencionales ... no existe norma legal expresa que prohíba la gestación por sustitución, ni que disponga

sanción de nulidad como consecuencia de su utilización. Por consiguiente, debo entender que se trata de una TRHA permitida en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en razón del principio de legalidad todo lo que no está prohibido está permitido ... en estos casos de TRHA, lo basal es la voluntad procreacional y no el dato genético....resultaría contradictorio aplicar la regla del art. 562 a los casos de gestación por sustitución, cuando el propio sistema jurídico ..., reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial, a más de implicar derechamente una grave vulneración al derecho a la filiación del niño o niña ... y de su derecho a la identidad subjetiva...”

El extracto que se traslada, permite mostrar como a través de una labor de interpretación integradora, resultan protegidos los derechos humanos implicados comprometidos en la historia de vida, como el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad, el derecho a la filiación, el derecho a la no discriminación y el derecho a vivir en familia. Con esta solución que nace de un accionar preventivo, se evita una afectación de los mismos y con ello la producción de un daño.

En similares términos, se expide la justicia de Mendoza en el caso , “M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. s/medidas autosatisfactivas” con elementos comunes al anterior. Se limita el relato a comentar y, desde otro lugar, se hace una mención del dictamen de la Sub Directora de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la parte que contiene un claro encuadre de la voluntad procreacional. También con respaldo en la jerarquía de fuentes, el juez interviniente expone razones que validan la elaboración de una norma individual – sentencia – que en sintonía con los valores y principios constitucionales, **posibilite** aquello que implícitamente reconoce el sistema

la aplicación directa de normas convencionales, en casos como el presente, máxime ante la falta de previsión legal específica, deviene necesaria e importa una especie de proceso de adición normativo por el que el juez, en su rol de integrador del Derecho y en cumplimiento del mandato legal, adiciona o añade algo al texto legal para que compatibilice con la Constitución Nacional ... se impone el análisis de la técnica de la gestación por sustitución en el origen del derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que el mismo, así como la protección de la familia

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ...¹⁸

En consonancia con el pensamiento del magistrado, la Subdirectora de Derechos humanos y Acceso a la Justicia deja en claro que en la gestación solidaria no corresponde aplicar la regla de que la maternidad sigue al vientre, puesto que esto importaría desplazar la voluntad procreacional como elemento determinante del vínculo filial. En este marco, expresó:

...el principio ‘*mater semper certa est*’ ... se ve destruido en la gestación por sustitución, ya que quien lleva adelante el embarazo no es la misma persona que posee la voluntad procreacional, y como en este caso, es distinta también a quien ha proporcionado el óvulo ... Esta tercera persona carece de esa voluntad... madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva

Como se colige de lo expuesto, no hacer uso de esta regla con la sola excusa del silencio normativo, importaría habilitar un emplazamiento vacío en el plano de la realidad y violatorio de los derechos humanos comprometidos.

Seguimos el relato con otro caso que alcanzó notoriedad en el ámbito jurídico y social. Refiere al amparo individual y colectivo planteado por la pareja de hombres R. y S.M. junto con la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Secretaría General de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT). El amparo individual consistió en pedir que se ordenara al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires que proceda a la inscripción del nacimiento de los mellizos D. y T. concebidos por gestación solidaria; reconociendo y garantizando la copaternidad registral igualitaria conforme el sistema vigente.

Por su parte el amparo colectivo, tuvo como objeto definido la inscripción de los niños nacidos por TRHA de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por él/la, los/as comitente/s con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitor/a a la persona gestante sin voluntad procreacional. Se pide que se declare la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas pertenecientes a dicho universo colectivo.

¹⁸ En referencia al derecho a la vida familiar, cita el caso de la CIDH ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

En primera instancia, la jueza rechazó *in totum e in limine* la acción. Se destacan como argumentos decisorios a) en abstracto, hacer un control de legalidad de la normativa involucrada y/o de la omisión del Poder Legislativo de legislar casos como los planteados; b) el derecho a la identidad de niñas y niños es personalísimo y, por tanto, insusceptible de representación; c) el proceder del Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas en casos como el de autos, no fue sino la consecuencia de hacer cumplir la ley civil.

Los actores dedujeron recurso de apelación que solo fue concedido respecto del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y la FALGBT.

Con un criterio que compartimos, la alzada admite el recurso, expresando entre otras razones: a) a través del amparo se busca poner de manifiesto la omisión de reglamentar la inscripción de niños en estos supuestos; b) esta omisión restringe los derechos del colectivo afectado; c) de igual modo, afecta particularmente, a los niños D. y T. que nacieron de esta forma y a los actores que reclaman la copaternidad registral igualitaria; d) ambas pretensiones se fundamentan en los derechos a la igualdad y a la no discriminación; e) el objeto es la reparación del derecho a la no discriminación; f) el planteo responde a la protección de derechos colectivos; e) si no existen motivos que impidan reconocer la filiación en parejas de dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de parejas de hombres; siendo el interés superior del niño el que debe primar en todos los casos; f) la falta de inscripción viene unida a la afectación de otros derechos. Sobre esta base, la Cámara ordena al Registro la inscripción preventiva de los niños nacidos por gestación solidaria, conforme el consentimiento pleno informado y libre, sin emplazar como progenitor a la mujer gestante cuando hubiera expresado no tener voluntad procreacional. También se ordena que provisionalmente los datos de la gestante sean debidamente asentados en el legajo pertenecientes a cada uno de ellos (art. 563, CCC).

Como puede observarse, se sigue en la justicia una estrategia que guiada por el diálogo de fuentes, logra llegar a una respuesta desprovista del apego a una norma aislada (art. 562, CCC), concretizando por este camino la efectividad de los derechos afectados. A esto se suma como otro, aspecto a volarar, la extensión de los alcances del pronunciamiento a otras familias comprendidas en la misma problemática. De esta forma, se llega a una decisión flexible que, además, de evitar el agravamiento de un daño, posibilita con la inscripción

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

preventiva hacer realidad el derecho a la filiación en correspondencia con la voluntad procreacional.

No puede soslayarse que este precedente impulsó el tratamiento judicial de otra historia de vida. Refiere a la pareja constituida por H.T. y C.S. H.T., es padre de A., hija nacida a través del recurso a la gestación solidaria, práctica que se realizó en el Estado de Florida. Posteriormente, la pareja recurre a la gestación solidaria nacional, fruto de la cual nacen los mellizos A. y V. el 26 de abril de 2016. Para este procedimiento se recurrió al empleo de material genético de C., colaborando como gestante una amiga de éste último. Al poco tiempo, deciden recurrir al mismo procedimiento. En esta oportunidad, fue H. quien aportó su material genético y se contó con la participación como gestante de una empleada del tío de éste. Así nace V. el 10 en enero de 2017. En este contexto, la pareja solicita en la justicia la inscripción de los mellizos A. y V. Asimismo, persiguen la adopción de integración respecto a C. y A. El caso se radica en el Juzgado Nacional Civil N° 4 y se dicta sentencia el 30 de junio de 2016¹⁹.

El Defensor que intervino manifestó en su dictamen que el art. 562 del CCC no es inconstitucional y, en esta línea de pensamiento, entendió que correspondía otorgarle a los mellizos A. y V. una solución de estado de familia idéntica a la que correspondía para A. En función de ello, afirmó que debía ordenarse la adopción de integración para los tres niños. La jueza actuante, se aleja del dictamen del Defensor en lo atinente al emplazamiento de A. y V. Declara para el caso la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC y ordena la inscripción registral igualitaria de los niños A. y V. como hijos de los copadres H. y C. Al mismo tiempo, otorga a C. la adopción de integración respecto de A. Impone a los copadres el deber de hacer conocer a los tres niños la realidad gestacional.

El Defensor apela. Argumenta que la gestación por sustitución está prohibida en la Argentina y que los niños sufrirán un agravio al derecho a la identidad al privárseles de todo dato referido a la maternidad en los términos previstos por el art. 562 del CCC, siendo procedente en estas situaciones disponer la inscripción conforme lo dispuesto en el artículo citado y, posteriormente, ordenar la adopción por integración.

¹⁹ JNCiv. N°4, “S. T., A. y otro s/inscripción de nacimiento y los conexos T. y A. s/adopción de integración”, 30.6.2017, inédito.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

En la alzada se revoca el fallo²⁰, de grado ordenando la inscripción registral de A. y V. a favor de C. y J. L., mujer gestante; y de manera concomitante, se dispone la adopción por integración de los niños respecto de H. La adopción de integración quedó firme, pero no se inscribió.

Se interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo tribunal no se expidió. En estas circunstancias y con respaldo en la solución razonable que se adoptó en el amparo individual y colectivo, se plantea una medida cautelar ante el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de la cual se pide una inscripción supletoria. La Cámara hace lugar a lo peticionado y ordena la inscripción de los mellizos como hijos de C. y H. En este contexto, surge la pregunta respecto al emplazamiento de V. Por conexidad se interpuso un amparo contra el Registro Civil en el mismo juzgado civil. Radicada la causa en el Juzgado Nacional Nº 4²¹, se emite pronunciamiento que hace lugar a lo solicitado el 20 de octubre de 2017. Partiendo de considerar que la aplicación del art. 562 del CCC no consulta el mejor interés del niño por importar una vulneración de derechos, la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC y, asimismo, se ordena la inscripción del niño como hijo de H.T. y C.S.

Conforme los términos de la sentencia, los peticionantes solicitan en el mismo juzgado, se disponga con carácter cautelar la inscripción provisoria y supletoria de la copaternidad igualitaria de los Sres. C. S. y H. T. respecto de V. Se dicta pronunciamiento favorable el día 14 de noviembre de 2017²². La jueza confirma el peligro en la demora esgrimido dispone en términos preventivos la inscripción provisoria que deberá instrumentarse en los términos dispuestos en la Disposición Nº 93/DGRC/17 de la Dirección General del Registro Civil²³.

Se cierra el análisis de casos para luego concluir el apartado con una reflexión personal, con un precedente en el que expresamente se rescata la importancia de la justicia preventiva.

²⁰ CNCiv., Sala H, “S. T., A. y otro s/inscripción de nacimiento y los conexos T. y A. s/adopción de integración”, 24.10.2016, inédito.

²¹ JNCiv. Nº4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 20.10.2017, inédito.

²² JNCiv. Nº4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 14.11.2017, inédito.

²³ La Disposición Nº 93/DGRC/2017, emanada de la Dirección General de Registro Civil se dicta a los fines de ordenar lo que dispuso la justicia y en este sentido, establece como requisitos del acto de inscripción que: a) se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria; b) voluntad procreacional expresada en forma previa, libre e informada; c) manifestación previa y fehaciente de la gestante de no tener voluntad procreacional; d) inscripción en términos preventivos; e) constancia documentada de los datos de la gestante en el legajo.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Se trataba de una pareja casada que al perder el primer embarazo, se le practica a la mujer una histerectomía total. Después de un tiempo, recurren a la gestación solidaria con el recurso de material genético propio, participando como mujer gestante, la madre de la mujer con voluntad procreacional.

Durante el embarazo, el matrimonio plantea en la justicia una medida precautoria a través de la cual solicitan que producido el nacimiento, se inscriba al nacido como hijo de ambos. La jueza interviniente hace lugar al planteo:

... la medida preventiva incorporada en el art. 52 del CCC para la protección de toda afectación a la dignidad humana constituye una vía procesal adecuada para dar respuesta a la petición de inscripción del nacimiento de un menor por nacer concebido por gestación por sustitución, a efectos de prevenir en el momento de su nacimiento todo menoscabo a sus derechos fundamentales, en particular, a la igualdad con cualquier otro niño sin barreras discriminatorias...

El desarrollo que precede muestra como por distintos medios y momentos – durante el embarazo o después del nacimiento por imposibilidad de inscripción -, se elaboraron normas individuales que en su contenido además de materializar una plena adhesión a los principios y valores que iluminan el sistema constitucional y convencional, suponen poner en acción una justicia de prevención y acompañamiento de la persona; accediéndose de esta forma a respuestas orientadas a evitar la producción o agravamiento de un daño. Por tanto, cuando de gestación solidaria se trate y mientras se mantenga el silencio en la norma, se aplicarán los instrumentos preventivos que posibiliten evitar la producción del daño o disminuir sus alcances si se hubiera producido.

6. Cierre

Como expresamos, el CCC recepta en sus normas expresa e implícitamente instrumentos preventivos que orientados a la protección de la persona, permiten elaborar respuestas para cada realidad concreta.

La apertura que se observa encuentra respaldo en un sistema de principios y valores que reemplaza estructuras rígidas por flexibles, regulando los institutos del Derecho privado en función del derecho de toda persona de construir con libertad y autonomía su proyecto de vida. Desde esta visión, la decisión libre y autónoma que tome una pareja – casada o

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

conviente – o una persona sola de ampliar la familia por el camino de la gestación solidaria, encuentra amparo en el actual paradigma.

Decir esto, exige la armonización entre los principios de igualdad – no discriminación y el principio de pluralidad. Si conforme a éste último, deben ser reconocidas y protegidas en el plano jurídico las distintas formas de vivir en familia y, entre ellas, se encuentra aquella familia que se integra con hijos nacidos a través de la gestación solidaria, deben extenderse para ésta última, las normas que definen la determinación en la filiación por TRHA. Siendo así, primará en su definición la voluntad procreacional.

Como vimos, esta línea de pensamiento se consolidó en la justicia nacional, al reconocerse la voluntad procreacional como elemento determinante del emplazamiento filial a través del empleo de medios preventivos que ordenados bajo la guía de una labor integradora del sistema, legitimaron la no aplicación del principio “mater semper certa est”.

En consonancia con todas las razones señaladas, cerramos diciendo que, cuando el intérprete se encuentre frente al desafío de subsumir un caso concreto en la norma, tendrá que desplegar una tarea que no se limite a lo que dice, sino que atienda a su finalidad. No deberá realizar esta actividad aislando a la norma del todo, sino por el contrario, desde un lugar que facilite la vinculación con normas análogas y normas de fuente constitucional y convencional. De manera que, en los casos de gestación solidaria, el art. 562 del CCC se aplicará con el sentido que le imprime el previo diálogo entre fuentes.

Jurisprudencia citada en el orden de exposición

CSJN, “Bahamondez, Marcelo”, de fecha 6/4/1993. *Revista Jurisprudencia Argentina*, tomo 1993-IV. Editorial Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires. P. 558.

CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, de fecha 5/8/1986. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 1987-A. Buenos Aires. La Ley P. 442.

CSJN, “S., V. v. M., D. A.”, de fecha 3.4.2001, en Base de datos La Ley Online. Cita 30003621.

CSJN, “V., D. L.”, de fecha 16.8.2011. *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*. Tomo 2012-1. Buenos Aires. Abeledo Perrot. P. 1.

CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, de fecha 28.10.2014, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2014-F. Buenos Aires. La Ley P. 401

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

CIDH, “Furlan y familiares c. Argentina”, de fecha 31/8/2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf. Consultado el 1/02/2018

CIDH, "L. M. Medidas provisionales respecto de Paraguay", de fecha 1/7/2011. Disponible en www.corteidh.org.cr. Consultado el 11/01/2018.

CIDH “Fornerón vs. Argentina”. de fecha 27/4/2011. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf Consultado el 11/01/2018.

CSJN “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, del año 1986, Fallos: 308:1118.

CSJN “Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA”, de fecha 17/3/1998, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 1998-D. Buenos Aires. La Ley. P. 596.

CSJN “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, de fecha 21.9.2004, *Revista El Derecho de fecha 25.10.2004*. P. 5.

Tribunal Colegiado de Familia Nº7 Rosario, “H., M.E. y otros s/venias y dispensas”, de fecha 5.12.2017, disponible en www.saij.gov.ar. Consulta de Fecha 11/1/2018

Juzgado de Familia Nº 2 Mendoza, “M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. s/medidas autosatisfactivas”, 6/9/2017, La Ley Online, AR/JUR/60950/2017.

CIDH ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, de fecha 28/11/2012. Disponibl ene http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Consultado 11/1/2018

JNCiv. Nº4, “S. T., A. y otro s/inscripción de nacimiento y los conexos T. y A. s/adopción de integración”, 30.6.2017, inédito.

CNCiv., Sala H, “S. T., A. y otro s/inscripción de nacimiento y los conexos T. y A. s/adopción de integración”, 24.10.2016, inédito.

JNCiv. Nº4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 20.10.2017, inédito.

JNCiv. Nº4, “S. T., V. s/inscripción de nacimiento”, 14.11.2017, inédito.

Bibliografía

Alterini, A; Ameal, O y López Cabana, R. (1998), *Derecho de obligaciones*, 2da. Edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Bazán, V. (2014). Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2014-A. Buenos Aires. La Ley. P. 761.

Bestani, A. (2016). La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial. Base de datos La Ley Online. Cita AR/DOC/1557/2016.

De Lorenzo, F. (2014). El principio de no dañar al otro. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2014-E. Buenos Aires. La Ley P. 1350.

Famá, M.F. (2017). *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, Tomos I y II. Buenos Aires. La Ley.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. Nº 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Gil Domínguez, A. (2015a). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires. Ediar.

Gil Dominguez, A. (2015b). Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* 2015-V. Buenos Aires. Abeledo Perrot. P. 133.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2016) La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Jorge A. Peyrano (director) y Silvia Esperanza (coordinadora) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, págs. 357-408.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera M. y Lamm E. (2013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ 2013-06-18 ~ N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2013-D. Buenos Aires. La Ley. Pag. 195-206

Kemelmajer de Carlucci, A.; Lamm E. y Herrera Marisa (2012). Regulación de la gestación por sustitución. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2012-E. Buenos Aires. La Ley. P. 960-969

Krasnow, A. (2017). *Tratado Derecho de las familias*, Tomos I y III. Buenos Aires. La Ley.

Krasnow, A. (2016a). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos en el Código Civil y Comercial, *Revista Bioética y Derecho*, Nº. 37, Barcelona, Observatorio de Bioética, Universidad de Barcelona, págs. 69-84.

Krasnow, A. (2016b). El Título Preliminar del Código Civil y Comercial y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión de sistema”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nº 76. Buenos Aires. Abeledo Perrot. P. 99-116.

Lamm, E. (2015). Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2015-V-. Buneo Aires. Abeledo Perrot. P. 137.

Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución. *InDret*, julio 2012.

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Bioética y Derecho*, Vol. 24. Disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610>. Consultado el 11/1/2018

Leiva, C. (2016). Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial. Base de datos La Ley Online AR/DOC/2244/2016.

Meroi, A. (2016). Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños. Base de datos. La Ley Online AR/DOC/956/2016.

Krasnow, A. **La prevención como medio de protección de los derechos personalísimos. Su despliegue en los casos de gestación solidaria.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2018. N° 18. (*Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial*) Pgs 37-61 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Mosset Iturraspe, J. (2008). Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación. *Revista de Derecho de Daños. Prevención del daño*, N° 2008-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 10.

Mosset Iturraspe, J. (2001). Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia. *Revista Derecho de Daños - Daños en las relaciones de familia*, 2001-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 7 y sigs.

Peyrano, J. (2015). Noticia sobre la acción preventiva. *Base de datos La Ley Online* AR/DOC/4310/2015.

Peyrano, J. (2015). Más sobre la acción preventiva. *Base de datos La Ley Online* AR/DOC/4163/2015.

Quadri, G. (2016). Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial. Base de datos La Ley Online AR/DOC/1729/2016.

Rosatti, H (2016). *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Seguí, A. (2012). La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino” Base de datos Abeledo Perrot Online AP/DOC/4885/2012.

Vigo, R. L. y Herrera D. A. (2015). El concepto de persona humana y su dignidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Personas Humanas*, 2015-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, págs. 11-44.