Voces: ACCION DE IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ FILIACION ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ INTERPRETACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ INTERPRETACION DOCTRINARIA ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ MUJER ~ OBJETO INMORAL ~ PROGENITORES ~ RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL
Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102(JNCiv)(Nro102)
Fecha: 18/05/2015
Partes: C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad.
Publicado en: LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 - LA LEY2015-C, 522 - RCCyC 2015 (julio), 91 - DFyP 2015 (noviembre) , 208, con nota de Sabrina M. Berger, Jorge Nicolás Lafferrière y Ludmila Viar;
Cita Online: AR/JUR/12711/2015

Hechos:

Una mujer, de forma libre y espontánea, colaboró en una gestación por sustitución aceptando que un óvulo fecundado con el material genético de un matrimonio de su confianza fuera implantado en su cuerpo. Nacida la niña, fue inscripta como hija del padre biológico y de la mujer gestante, aunque convivió desde su nacimiento con la pareja mencionada, que inició acción de impugnación de maternidad. La demandada se allanó a la pretensión y el juez la admitió.

Sumarios:

1. La acción de impugnación de maternidad deducida por los padres biológicos de una niña contra la madre gestante, quien aceptó de forma libre y espontánea que el óvulo fecundado con el material genético de aquéllos fuera implantado en su cuerpo, debe admitirse y, en consecuencia, desplazarse del estado de madre a esta última y emplazar a la genética, en tanto la circunstancia de que la niña haya sido deseada por aquellos, quienes asumieron y ejercieron la responsabilidad parental desde su nacimiento, hace a su interés superior, el que se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.
2. Si bien un sector de la doctrina se muestra contrario a la regulación de la gestación por sustitución —maternidad subrogada— con fundamento en que se trata de un contrato inmoral que supone la explotación y cosificación de la mujer y la manipulación del cuerpo femenino como mero recinto gestador, lo expuesto se aplica indudablemente a los contratos onerosos que se firmen a tales fines, los que, sin lugar a dudas, deben prohibirse.
3. La teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante, mediante la cual se rechaza la gestación por sustitución —maternidad subrogada— queda desvirtuada cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que, al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral.
4. El Código Civil y Comercial próximo a entrar en vigencia prevé que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción y admite, en consecuencia, la impugnación de la filiación originada en técnicas de reproducción asistida con las limitaciones que impone —arts. 576 y ss.—.

Texto Completo: 1ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 18 de 2015.

Resulta:

I. A fs. 18/26 F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C. nacida el 10 de marzo de 2014 y solicitan que se la emplace como hija de la coactora M. C. C. Refieren que comenzaron su relación de pareja en mayo de 2003, e iniciaron la convivencia al año y medio. Ante la imposibilidad de C. a quedar embarazada, pese a los médicos consultados, estudios que se llevaron a cabo al efecto y dado el deseo de ambos cónyuges de tener un hijo, hicieron averiguaciones acerca de la gestación por sustitución en los E.E.U.U. y en la India, cuyos costos tan elevados eran imposibles de afrontar.- Más tarde, recibieron el generoso ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años y conocía los deseos frustrados del matrimonio. Ella se ofreció a ayudarlos, encontrándose dispuesta a llevar adelante el

© Thomson La Ley

embarazo, con el material genético que aportaran los accionantes.- Es así que el 26 de junio de 2013 se utilizó la técnica de fecundación “in vitro” y se transfirió a M. el óvulo fecundado. Luego de nacer la hija fue reconocida por F. pero no pudo ser reconocida por C., dado que al momento de su nacimiento fue anotada como hija de M., conforme lo prevé el artículo 242 del Cód. Civil. La acción promovida de impugnación de la maternidad de M. y de reconocimiento de la maternidad por parte de C. tiene por objeto desplazar del estado de madre a aquélla y emplazar a ésta como madre de E. En sustento de la procedencia de la pretensión invocan el artículo 261 del Cód. Civil que admite la impugnación de la maternidad “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo” significado amplio en el que se incluiría el implante del óvulo fecundado de otra mujer conforme los procedimientos de fecundación extracorporal, como en el sub lite.- Los actores se encuentran legitimados para peticionar y no existe regulación alguna que prohíba la gestación por sustitución, C. es la madre genética de E. como se comprueba con el estudio de ADN acompañado, es quien tuvo la voluntad procreacional y es privilegiar el interés de la nombrada admitir la maternidad encabeza de la coactora y no mantener la filiación en cabeza de la gestante quien no desea mantener un vínculo materno filial con la recién nacida.- Ofrecen prueba, fundan su derecho y solicitan que se haga lugar a la demanda.

II. A fs. 29 se presenta M. L. R. S. y se allana lisa y llanamente a la pretensión de los actores en forma incondicional, oportuna, real y efectiva.- Reconoce haber colaborado en forma libre y espontánea en la gestación de la niña y que los padres biológicos y voluntarios son los accionantes.

III. A fs. 32 se tiene presente el allanamiento formulado y a fs. 34 se convoca a audiencia a las partes y al Señor Defensor de Menores, la que tiene lugar a fs. 36.

Ante el requerimiento de la Señora Fiscal de fs. 37, se presenta el Dr. C. A. Q. como apoderado de M. L. R. S. a manifestar que ésta es soltera, que no recibió retribución alguna en su calidad de gestante y que no se sometió anteriormente a un proceso de gestación por sustitución.- A fs. 71 se presenta por sí M. L. R. S. a ratificar la presentación anterior y manifestar que es soltera, que no recibió retribución alguna en su calidad de gestante, que no se ha sometido a un proceso anterior de gestación por sustitución y hace saber los nombres y edades de sus hijos. A fs. 74/77 en cumplimiento de lo dispuesto a fs. 72/3 se acompañan en autos las partidas de nacimiento de los hijos de R. S. y el certificado de capacidad de ésta expedido por la Licenciada G. B. A.

IV. A fs. 81/3 dictamina el Señor Representante del Ministerio Público Fiscal, a fs. 86/88 lo hace el Señor Defensor de Menores. A fs. 89 se declara la cuestión como de puro derecho, quedando notificados las partes y los Ministerio Públicos. A fs. 97 se dispuso como medida para mejor proveer requerir a Primagen -Diagnóstico Genético que se expida acerca de la autenticidad del estudio de ADN agregado a fs. ,5/14, lo que se cumple a fs. 99/109, afs. , 110 se dicta el llamamiento de autos y,

Considerando:

I. Con la partida de fs 2, se acredita el nacimiento de E. C., ocurrido el 14 de marzo de 2014, en esta Ciudad inscripta como hija de F. A. C. y de M. L. R. S.- Asimismo, con el instrumento de fs. 1 se prueba el matrimonio de F. A. C. y M. C. C. celebrado el 14 de noviembre de 2013.

A fs. 15 obra el documento extendido por Fecunditas

Medicina de Reproductiva de Alta Complejidad, suscripto por M. L. R. S. DNI ... que acredita la aceptación por la nombrada de la transferencia de los embriones originados con gametos correspondientes a M.C.C. y F. A. C., donde expresa haber recibido toda la información médica, biológica, farmacológica y legal necesaria atinente al procedimiento a realizarse en la citada institución.

Con la contestación de fs. 99/109 de Primagen Diagnóstico Genético, ha quedado demostrada la autenticidad de los estudios genéticos de ADN agregados a fs. 5/13 que arrojan la probabilidad del 99,999999999999 % de maternidad y paternidad en relación a M.C. C. (madre alegada) DNI N° ... y F. A. C. (padre alegado) DNI N° ..., respecto de E. C. (hija) DNI N° ...

II. Los actores impugnan la maternidad de M. L. R. S. y solicitan que se la desplace del estado de madre de E. C. y que se emplace a M.C. C. en esa calidad.- Fundan su pretensión en el nexo biológico que los une con la menor

acreditado con el estudio de ADN que acompañan, por haber tenido lugar la fecundación extracorporal y el implante del embrión en el cuerpo de la demandada, quien libre y espontáneamente colaboró en la gestación por sustitución de la recién nacida.- Invocan también la legitimación activa que les asiste conforme lo normado por el artículo 262 del Cód. Civil, la voluntad procreacional de ellos que se complementa con la identidad genética señalando la ausencia de prohibición legal que impida el procedimiento médico llevado acabo.

Los extremos invocados han quedado corroborados con el allanamiento de M. L. R. S. de fs. 29 quien ha comparecido ante mi presencia a la audiencia de fs. 36 - conjuntamente con los actores y la menor, quien habita desde su nacimiento con ellos.-

En tal oportunidad tuve conocimiento de su desinteresada colaboración e intención de ayudar al matrimonio C. a ser padres, en base al afecto familiar que los une de largo tiempo atrás, prestándose la Señora R. S. al proceso de gestación por sustitución, sin recibir retribución económica alguna. Supe también que previamente la nombrada lo había consultado con sus hijos que viven en Perú y que si bien ella regresaría allí, era su intención conservar su trato familiar y su vínculo afectivo con el matrimonio". El dictamen del Señor Defensor de fs. 53 da cuenta de la favorable impresión recibida de la Sra. R. y de la sinceridad de sus dichos algunos reiterados en su presentación de fs. 71.

Adelanto, luego de analizar los elementos de prueba aquí reunidos, y en coincidencia con los fundados dictámenes del Señor Representante del Ministerio Fiscal y del Señor Defensor de Menores, que he de hacer lugar a las acciones de impugnación y de reconocimiento de maternidad promovidas por el matrimonio C., desplazando a M. L. R. S. y emplazando a M. C. C. en el estado de madre de E. C.

III. De conformidad con el artículo 242 del Código Civil hoy vigente, la determinación legal de la maternidad no presenta diferencias, sean los hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Lo determinante es el hecho del parto (adagio romano: "partum sequitur ventrum").- Constatado el hecho objetivo del nacimiento y la identificación del hijo, queda establecida la maternidad, aún contra la voluntad de la madre.

Según Zannoni "La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento; demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituída la maternidad jurídica, que por tanto, coincide con la biológica, sin precisar más requisitos" (Derecho Civil, Derecho de Familia T. II, 4ª ed. Actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2001,p. 340).

No obstante, ello no significa que la maternidad así establecida no pueda ser objeto de impugnación.

La disposición del artículo 261 del Cód. Civil admite la impugnación de la maternidad "por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo", quedando comprendidos los casos de parto supuesto y de sustitución del verdadero hijo por otro que no es el que la mujer ha dado a luz, como lo preveía el derogado artículo 261 del mismo código. Según opiniones doctrinarias, la norma citada también es comprensiva de otras situaciones no contempladas por la ley, tales los supuestos de fecundación "in vitro" homóloga o heteróloga, esta última, la llevada a cabo en la especie.- A ello cabe agregar que el nuevo Cód. Civil y Comercial próximo a entrar en vigencia prevé que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción (art. 558) y admite en consecuencia la impugnación de la filiación originada en técnicas de reproducción asistida con las limitaciones que impone (art. 576, 577 y ss).- La fecundación "in vitro" es la que se produce cuando mediante procedimientos médicos, previa extracción del óvulo y espermatozoide, éstos se fecundan fuera del cuerpo materno, procediéndose luego a la implantación del embrión en el útero, donde seguirá su desarrollo normal hasta producirse el alumbramiento. Si la fecundación extracorporal se ha realizado con el material genético de ambos integrantes del matrimonio, implantándose el embrión así fecundado a la mujer, ningún conflicto se planteará respecto de la maternidad o paternidad del hijo. No obstante, si el embrión así fecundado es implantado a otra mujer, como en la especie, el principio de unidad entre fecundación, gestación y alumbramiento aparece quebrado a la luz de los nuevos procedimientos científicos.-

IV. Ante el silencio de nuestra legislación para cuando no coinciden genéticamente la fecundación y gestación, como sucede en el caso, antes de decidir haré una breve consideración de las diversas posturas elaboradas alrededor de la cuestión de fondo, es decir la "gestación por sustitución", también llamada "maternidad

© Thomson La Ley

subrogada". La decisión a adoptar, dada la especial delicadeza de esta materia, no representará una genérica admisión o rechazo de la figura en abstracto, sino la conclusión que más se adecue a las particularidades acá reunidas, lo que más convenga al interés superior de la niña y que mejor resguarde sus derechos fundamentales, que el Estado debe garantizar.-

V.- El sector de la doctrina que se muestra contrario a la regulación de la gestación por sustitución, sostiene que se tratarían de contratos inmorales, que serían nulos por estar las personas fuera del comercio. Estos autores también suponen una explotación de la mujer, la manipulación del cuerpo femenino como mero recinto gestador y la cosificación de la mujer. Se argumenta asimismo acerca de los perjuicios que se provocarían al niño por el quiebre del vínculo materno filial que se establece durante la gestación y que se atendería más a los intereses de los futuros padres que a los del niño quien igualmente sería objeto de la relación jurídica al convertirse en la cosa debida; (conf. Zannoni E. "Derecho Civil Derecho de Familia 1998, 3ª ed., T II, p. 533 y ss; Bossert, G.A. Zannoni E. A." Régimen legal de filiación y patria potestad", Astrea, Bs. As. 1985, p. 237; Bossert, G. A. "Fecundación asistida"; Rivera Julio C. Instituciones de derecho civil. Parte General t. I, 4ª ed. Actual. LexisNexis -AbeledoPerrot, Bs. As. 2007, p. 414 y ss., Sambrizzi, E.A. "La filiación", p. 157 y ss. Borda G. A. "Tratado de derecho civil. Familia", t. II, 1ª ed. LA LEY, Bs. As. 2008, ps. 28 y 29; Iñigo D. B. Wagmaister, A. Levy Lea M. "La filiación..." p. 44, entre otros).

Coincido con la Dra. M. Victoria Famá en cuanto lo expuesto se aplica indudablemente a los contratos onerosos que se firmen a tales fines, los que sin lugar a dudas deben prohibirse. Sin embargo, al igual que otros autores (Kemelmajer de Carlucci, A. "Informe sobre procreación", Grosman C. "De la filiación" p. 328; Herrera Marisa "Filiación Adopción..." p. 187), la nombrada se inclina por una postura intermedia que admita este tipo de acuerdos cuando no responden a fines lucrativos, se celebran en forma gratuita y encuentran su fundamento en el principio de solidaridad familiar o afectiva así, por ejemplo, cuando el embarazo es llevado a cabo por una hermana, prima o amiga de la madre que expresa su voluntad procreacional, como ocurre en la especie ("Maternidad Subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para un futura regulación ", LA LEY 21/06/2011- LA LEY 2011-C, 1204). Los doctrinarios que se muestran a favor de la gestación por sustitución (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, Dreyzin de Klor, entre otros) lo hacen sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear. Se argumenta que en la salvaguarda de la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora.-

En el supuesto en estudio, la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, que al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral. Respecto del argumento de la explotación o cosificación, del que se ha dicho que es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer como también que le impide ejercer su derecho a la privacidad y autodeterminación, estimo que no es el caso de autos. Eleonora Lamm, con cita de Massager y Golombok, refiere que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio advierte que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo y que esa filiación sea reconocida legalmente (In Dret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona Julio 2012).

VI. En relación a la voluntad procreacional que invocan los actores, es un concepto esbozado en sus inicios por Díaz de Guijarro, quien sostenía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual b) la voluntad procreacional y c) la responsabilidad procreacional. Respecto de la segunda, debe entenderse como el deseo o intención de crear una nueva vida y como su consecuencia, nace la responsabilidad derivada del hecho de la procreación ("La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación" JA, 1965-III-21). Se ha dicho que justamente en el campo de la reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la típica fuente de creación del vínculo (conf. Gil

Domínguez, Herrera, Famá “Derecho Constitucional de Familia T. II, Ediar, 2006, p. 833 y ss.; Krassnow A. “La verdad biológica y la voluntad creacional” LA LEY, 2003-F, 1150; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera Marisa, Lamm Eleonora “Filiación y Homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual” LA LEY 20/09/2010, entre otros).

VII. Es relevante asimismo la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio actor que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, esto es, su correspondencia con la identidad biológica, tal como indican los Ministerios Públicos en sus dictámenes favorables .

VIII. La circunstancia de que E. haya sido deseada por los actores quienes asumieron su atención y crianza desde que nació, hace a su interés superior lo cual se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.

En tales condiciones es que resulta procedente acceder a la demanda entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quien han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN agregado a fs. 5/14 y demás consideraciones formuladas en el presente decisorio. En especial el interés superior de la menor que debe prevalecer, a quien solicito le hagan saber, en cuanto sea oportuno, el contenido de este proceso (art. 3 y ccs., de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; art. 3 de la ley 26.061; Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos; Grosman, C.P. “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño” LA LEY 1993-B-1095; D’Antonio, D.H. “Convención sobre los Derechos del Niño” Comentada y Anotada, Editorial Astrea 2001, p. 41).

Por ello, y de conformidad con los dictámenes de los Señores Representantes de los Ministerios Públicos, fallo: Haciendo lugar a la demanda, con costas por su orden en atención alas particularidades de la cuestión. En consecuencia desplazo a M. L. R. S. (DNI N° ...) del estado de madre de la menor E. C. (DNI N° ... -Cir. C., Tomo ... N° ..., Año 2014-) y emplazo en el carácter de madre de la nombrada menor a M. C. C. (DNI N° ...).Exhorto a los padres a que en su oportunidad hagan saber a su hija. Las circunstancias de su nacimiento. Notifíquese personalmente o por cédula por Secretaría y a los Señores Fiscal y Defensor de Menores en sus respectivos despachos. Regístrese, cópiese y firme, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a efecto de su inscripción. Oportunamente archívese con comunicación al Centro de Informática Judicial. — Martha B. Gómez Alsina.