Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/89976/2013

Tribunal: Juzgado de Familia de Gualeguay
Fecha: 19/11/2013
Partes: B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario
Publicación: APJD 12/06/2014
Publicado: RDF 2014-IV , 139 RDF 2014-IV-139

FILIACIÓN - Determinación de la maternidad - Maternidad subrogada - Inscripción del menor como hijo de los donantes de material genético - Voluntad procreacional.

NOTA A FALLO

Galati, Elvio; ~ Hacia la costumbre judicial de la gestación por sustitución Ver texto

Sumarios

1.BIOETICA - DETERMINACION DE LA MATERNIDAD ~ FILIACION ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ PRUEBA GENETICA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Un niño debe ser inscripto como hijo de quienes donaron el material genético para su gestación por una tercera mujer —maternidad subrogada—, pues se comprobó el vínculo biológico y la voluntad procreacional de aquellos respecto del menor, a la vez que no existen conflictos al respecto entre las partes intervinientes.

2.BIOETICA - DETERMINACION DE LA MATERNIDAD ~ FILIACION ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ PRUEBA GENETICA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

Cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del Cód. Civil, pues esa es la solución que responde a la protección del interés superior del niño nacido de la gestación.

TEXTO COMPLETO

1ª Instancia. — Gualeguay, noviembre 19 de 2013.

Resultando: Que a fs. 24/45, comparece la Sra. M.A. B., por propio derecho y con el patrocinio letrado del Dr. L. E. O., promoviendo formal demanda de impugnación de filiación contra la Srta. C.R. F. de C., de nacionalidad Peruana, con residencia en Calle ... de la ciudad de Gualeguay, por no ser ésta última la madre biológica o genética del hijo que pasa legalmente a ser suyo.

Que conjuntamente con la anterior promueve acción de reclamación de filiación materna matrimonial, a fin de emplazar al niño T. N. en el estado filial que le corresponde, según el vínculo biológico o genético, con todos los efectos declarativos que se peticionan con retroactividad a la concepción.

Funda legitimación activa, expone los hechos, impugna maternidad extramatrimonial, y reclama emplazamiento de maternidad matrimonial, expresa los siete fundamentos doctrinarios que estima pertinentes de aplicar, interesa sustitución de inscripción; acompaña documental y ofrece demás prueba, interesando finalmente que en definitiva se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda en todas sus partes, decretando la impugnación materna extramatrimonial interesada y haciendo lugar a la acción de reclamación de la maternidad matrimonial, en

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

consecuencia emplace al niño T. N. en el estado de familia que le corresponde, es decir como hijo matrimonial del Sr. E.H. N. y de M.A. B., declarando con carácter retroactivo, la titularidad y ejercicio de la patria potestad en cabeza de esta última.

Que a fs. 46, se le acuerda en autos la correspondiente intervención, y de la presentación inicial se ordena correr vista a los Ministerios Públicos, por el término de ley.

Que a fs. 47/51vta., obran los dictámenes de los representantes de los Ministerios Públicos, y a fs. 52 atento a que en lo medular el representante del Ministerio Pupilar expresa que estará a la prueba a producirse y que Sr. Agente Fiscal dictamina que "... En síntesis, por los motivos precedentemente expuestos considero que la actora carece de legitimación activa o acción para la promoción de la presente demanda..", el juez en ese entonces interviniente dicta resolución que resuelve no dar trámite a la presente acción; e insta al Ministerio Pupilar a adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar el mejor interés del menor.

Que a fs. 68, la actora interpone recurso de apelación contra la interlocutoria de fs. 52/55, el que se concedió libremente y con efecto suspensivo ante la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Gualeguaychú.

Que a fs. 70/84, el apelante expresa los agravios pertinentes, y a fs. 85 se ordena el traslado de los mismos al Sr. Defensor de Pobres y Menores por el término de ley, el que es contestado a fs. 86/vta., por lo que a fs. 87 se lo tiene por contestado en tiempo y forma.

Que a fs. 100/101, obra resolución de la Alzada, que hace lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 57, revocando la resolución de fs. 52/57, y ordenando se dé trámite a la acción.

Que a fs. 119/120vta., se amplía la demanda, ordenándose a fs. 121 el traslado a los Ministerios Públicos de dicha ampliación, el que es contestado a fs. 122/123.

Que a fs. 124, se designa curador ad litem del menor de autos al Dr. R. B., cuya aceptación obra en la misma foja in fine.

Que a fs. 125, se tiene por promovida demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y de reconocimiento de maternidad matrimonial, de parte de M.A. B., contra C.R. F.C., E.H. N., y T. N., en la persona de su tutor "Ad litem", Dr. R. B., con domicilio que se denuncia, documental acompañada, al que se le imprime trámite ordinario; se dispuso correr traslado de la acción instaurada a los demandados, por el término de ley, y se tuvo por ofrecida prueba, y acompañada documental y por ampliada demanda, en los términos del art. 319 del C.P.C.C.

Que a fs. 128/134, comparece el Dr. F. S., en nombre y representación de la demandada Sra. C.R. F., y con el patrocinio letrado de la Dra. M. C., contestando demanda, formulando allanamiento, e interesando se lo tenga por presentado, en el carácter invocado, por formulado allanamiento y que oportunamente se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda; por lo que a fs. 135, se le acuerda en autos la correspondiente intervención, se tiene por contestada demanda en tiempo y forma, por ofrecida prueba y se tiene por formulado allanamiento, ordenándose correr traslado a la otra parte, por el término de ley.

Que a fs. 136vta., obra contestación del traslado por la parte actora.

Que a fs. 137/140vta., comparece el demandado Sr. E.H.N., con el patrocinio letrado de la Dra. A.C. C., contestando demanda, formulando allanamiento, supeditando el mismo al resultado de las pruebas ofrecidas en autos, formulando reserva del caso federal, e interesando que oportunamente se dicte sentencia haciendo lugar a la acción de impugnación de maternidad extramatrimonial y de reconocimiento de maternidad matrimonial.

Que a fs. 145, se le acuerda en autos la correspondiente intervención, teniéndose presente que en cuestiones como las de autos se encuentran en juego normas de orden público, que impiden se dé curso al allanamiento formulado.

Que a fs. 156/157, se presenta el curador ad litem del niño T. N., el Dr. R. B., contestando demanda, acompañando documental e interesando que oportunamente, producida que sea la prueba ofrecida, solicitará el rechazo o

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

admisión de la demanda incoada y que en defecto de ello, se lo tenga por allanado en tiempo y forma de ley a la demanda incoada.

Que a fs. 158, se le acuerda en autos la correspondiente intervención, se tiene por contestada demanda en tiempo y forma y por ofrecida demás prueba. Ordenándose correr traslado a la otra parte por el término de ley de la documental acompañada; por lo que a fs. 159/vta. obra conteste del traslado por la parte actora y a fs. 160 se lo tiene por contestado en tiempo y forma.

Que a fs. 162, se comisiona al E.T.I. de esta jurisdicción para que practique las evaluaciones de diagnóstico correspondientes y se señala la audiencia prevista por el art. 70 de la ley 9861, de cuyo resultado da cuenta el acta obrante a fs. 170/vta., en la que se ordena la apertura a prueba por el término de CUARENTA DIAS y con los alcances que se dan aquí por reproducidos.

Que a fs. 163/164 obra el informe diagnóstico del E.T.I. de este Tribunal.

Que a fs. 208, de la prueba producida en autos se ordena correr vista a los Ministerios Públicos, por el término ley, el que es contestado a fs. 209/vta. por la Sra. Defensora de Pobres y Menores y a fs. 213 dictamen del Ministerio Público Fiscal; no manifestando ambos Ministerios objeciones que formular no obstante el vacío legislativo de la cuestión in litem.

Que a fs. 216/vta., se ordena la clausura del término probatorio, poniéndose los autos a disposición de las partes a los fines y con los alcances previstos por el art. 468 del C.P.C.C.

Que a fs. 221/223, obra alegato del tutor ad litem; y a fs. 224/230 alegato de la parte actora.

Que a fs. 231, obra informe actuarial y se tienen por presentandos los alegatos en tiempo y forma, llamándose autos para sentencia, por los que son puestas las presentes para dictar pronunciamiento y;

Considerando:

I- Que -conforme ha quedado trabada la litis- cabe destacar que la actora Sra. M.A.B., impugna la maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en su persona de la maternidad matrimonial, en razón de haber sido la accionante conjuntamente con su marido el Sr. E.H.N., quienes mediante el aporte de óvulos y espermatozoides respectivamente, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte de un útero perteneciente a una tercera persona (la aquí demandada Sra. C.R. F.C.), nació el niño T. N.

Que primigeniamente se controvertió la legitimación de la actora para promover la presente acción, discusión que quedó disipada con la resolución de la Alzada obrante a fs. 100/101, que armoniza la interpretación del art. 262 del Código Civil con el art. 261 del mismo cuerpo legal y en consecuencia, faculta para impugnar la maternidad a "todo tercero que invoque un interés legítimo", quedando de esta manera la Sra. B., legitimada para promover la presente.

II. Que dirimida entonces la cuestión de su legitimación, cabe si ya adentrarse al tratamiento de la cuestión de fondo que subyace en el sub lite; es decir "la gestación por sustitución" o también llamada "Maternidad Subrogada"; y al respecto cabe tener presente como lo ha dicho la doctrinaria Dra. Eleonora Lamm, que si bien la gestación por sustitución, se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran ya en el antiguo testamento. La misma autora reconoce que se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, tales como la máxima del derecho romano "mater semper certa est", consagrando que la Madre es siempre cierta. Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio "mater semper certa est" hace crisis, y en estos tiempos deja de ser incuestionablemente un hecho cierto. (cfr. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, "Gestación por sustitución" Realidad y Derecho, Eleonora Lamm Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Barcelona, Julio 2012).

Ahora bien, muchas son las posturas y argumentos en contra y a favor de la citada figura, agrupando doctrinarios

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

y haciendo una generalización de lo que cada una postula, primeramente se hará una breve exposición de ello, para luego si, adherir o no el suscripto a una de las mencionadas posturas.

Por un lado, una parte de la doctrina se muestra contraria a esta figura. Argumentan que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.

Para otros autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, como consecuencia del turismo reproductivo, que se verá luego, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos, por las mujeres de países del primer mundo. Sin perjuicio de que también puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente "desesperados" por tener un hijo.

Se argumenta también, que estos tipos de acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino, como consecuencia de los distintos tratamientos (ya sea que se trate de inseminación artificial, FIV, ICSI, u otro tipo de técnica) a los que deberían someterse las mujeres para alcanzar el embarazo. Se afirma que la lucha de la mujer por no ser apreciada exclusivamente por su capacidad de gestar es ya larga y difícil. Resulta positivo que la Ley impida que se extiendan prácticas que podrían llevarnos a la utilización del cuerpo de la mujer como mero recinto gestador. Sin duda, esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino inadmisible en una sociedad democrática.

En tal sentido, se sostiene que la gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero "ambiente" o "incubadora humana" para el hijo de otro. Esta cosificación, por un lado, atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente. Se afirma que "Es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada". Pero además, aunque no sea remunerado (amiga o pariente) se discute ¿Hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación por sustitución? Por otro lado, y a su vez, atenta contra la salud física de la mujer, en tanto el procedimiento puede afectar la salud de la gestante; y contra la integridad psíquica de la mujer, en virtud de que las gestantes no pueden de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz. Además, y principalmente, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. A su vez, también se argumenta que la gestación por sustitución plantea problemas de difícil solución en el caso del aborto y suponen muchas veces un fraude a las normas de adopción, llegando a rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la supresión de identidad.

Empero, un número cada vez más creciente de grandes doctrinarios (en la Argentina encontramos como partidarios a esta postura a: Famá, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, Dreyzin de Klor) que se muestran a favor de la gestación por sustitución 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.

Se sO.ene que si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill, que introdujo el "principio del daño", un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros. En similar sentido, se afirma que el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Este sector doctrinario para refutar el argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, entiende que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay porqué hablar de explotación, ni aún interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer. Para algunos, incluso, el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial tampoco justifica que la subrogación deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables. Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y las trata injustamente respecto de las agencia de adopción y clínicas de fertilidad, desde que sí se aceptan pagos a éstas pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses -y más- para traer un niño al mundo.

Además porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar (por razones biológicas o médicas, como por ejemplo para los casos de carencia congénita de útero- síndrome de Rokitanski-).

En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre legal que pretende ser. Así, ante el análisis comparativo de las situaciones se sO.ene que la admisión de la gestación por sustitución se presenta como una solución más justa. ¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la "capacidad de gestación".

Otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su hijo una vez que nace, otras no presentan problemáticas en relación con el embarazo. Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño. Por ello, la libertad adquirida ante el conocimiento de que no todas las mujeres se relacionan con los embarazos en la misma forma, llevó a algunas mujeres a actuar como gestantes.

Se entiende según esta última postura, que la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes. Además, se sO.ene que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y a naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular. Se han observado una multitud de casos en las clínicas: algunas mujeres sólo se sienten apegadas al niño durante el embarazo, otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su hijo una vez que nace, otras no presentan problemáticas en relación con el embarazo. Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño.

Asimismo los partidarios de esta última postura, sostienen 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. Agregan además, que 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. Y advierten 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.

III. Que así las cosas, y luego de expuestas las posturas doctrinarias, cabe adentrarnos al análisis del marco fáctico y probatorio de autos, en tal sentido es dable recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan sólo aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 372 del C.P.C.C., ED 115-667- Cám. Ap. Concordia "Municipalidad de Villa del Rosario c/Cooperativa de Agua Potable de Villa del Rosario-Apremio-", 26/04/01-). Por ello, me limitaré a analizar los argumentos y elementos probatorios que estimo son conducentes para la resolución del presente.

En ese orden de ideas, también es preciso señalar que la determinación de maternidad subrogada es difícil de establecer una solución en abstracto que abarque genéricamente todos los supuestos, sino que en sentido coincidente con lo que enseña Kemelmajer de Carlucci "habría que inclinarse por una solución que atienda a las circunstancias especiales de cada situación particular".

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

La actora en el líbelo inicial expresa que: "...Desde que conocí a mi actual esposo, el Sr. E.H. N., a finales de la década del 90´, ambos decidimos realizar consultas en la ciudad de Buenos Aires, con distintos especialistas a fin de que se diagnO.que el problema de salud y así poder realizar algún tratamiento que restableciera mi estado anterior...

Que tanto la actora como su esposo aquí demandado Sr. E.H. N., en pos de lograr la consolidación familiar intentaron por todos los medios posibles que la Sra. B. pueda llevar adelante un embarazo, y que logrado (en el mes de julio del año 2005), el mismo se frustró y como consecuencia de ello padeció una hemorragia que casi la deja sin vida y que por lo tanto tuvieron los galenos que extirparle el útero.

Que en tal situación la actora quedó con una incapacidad de gestación, dada por la carencia de útero, tal así lo informa mediante Historia clínica, el médico tratante Dr. Angel S. Guercovich, a fs. 12, "... paciente que no tiene útero pero conserva ovarios..." por lo tanto no puede tener embarazos...".

Que tal como surge de la exposición de los hechos narrados en la demanda, si bien la actora carecía de útero, podía aportar sus óvulos y su esposo sus espermatozoides para una fecundación in vitro.

Es así, que tanto la Sra. B. como el Sr. N., acuden a la denominada maternidad subrogada, y luego de idas y vueltas se contactan con la aquí demandada Sra. C.R. F.C., quien sería la encargada de portar el embrión fecundado en su vientre durante los nueve meses necesarios para la gestación y posterior alumbramiento.

Que luego de una serie de preparativos médicos, se pudo concretar la fertilización in vitro y posteriormente se implantó el embrión fecundado en el vientre de la Sra. F. Cárdenas.

Expresa la actora, que desde ab initio tanto ella como el Sr. N., asumieron conjuntamente la responsabilidad por el hecho de la tan ansiada y cuasi milagrosa procreación del hijo.

Aduce que el trato con la gestante siempre fue amable, sin invadir su privacidad, que se ocupó diariamente de su alimentación y del estado de salud, tanto de C.R. como del concebido.

Por su parte la demandada Sra. F. Cárdenas, en su conteste a fs. 130, y a través de su apoderado Dr. S., tercer párrafo expreso que: "...mi representada nunca deseó al pequeño niño T. para sí, se siente feliz de haber ayudado a la familia de la actora, a tener su tan deseado y querido hijo, es decir que desde el primer momento en que mi poderdante decidió colaborar con la familia N., no dudó que eran ellos, los que se encargarían de la crianza del niño, y tuvo en claro que ellos, eran su familia, que ése era su hogar.

Que es dable la valoración personal de la demandada, en el sentido que tal como se expone en la contestación de la acción, se trata de una persona culta, educada, con formación universitaria, y primordialmente hay que destacar que en este acuerdo de voluntades para concretar la maternidad por subrogación, primó el "altruismo", la solidaridad, todo lo que potenció la felicidad de las personas involucradas, y un acto de generosidad por parte de la Sra. F. Cárdenas para con la familia N.B.

Es preciso asimismo reseñar el conteste del Tutor ad litem, Dr. R. B., quien en atención a la defensa del niño T. N., de manera cauta, (a fs. 156vta.), expresa que: "se impone al suscripto, una prudencia y severidad insoslayable al momento de ésta contestación de demanda, considerando fundamentalmente el vacío legislativo del que carece nuestro ordenamiento jurídico frente a un caso real, cierto y fácilmente demostrable, ello, en defensa de los inalienables derechos de los cuales goza el menor involucrado; dicha resolución al planteo concreto efectuado en los presentes autos, deberá ser decidido en función de las normativas vigentes y aplicables, la doctrina existente, precedentes jurisprudenciales dictados y asimilables al caso planteado, proyectos de reformas a C. Civil y opiniones científicas que involucren y protejan los derechos inalienables de mí representado. En función de ello adhiero en un todo, a los extensos argumentos y fundamentaciones volcados por la actora, en su escrito promocional y posterior ampliación; asimismo, adhiero a las pruebas ofrecidas y producidas...".

Que los testigos en sus deposiciones son coincidentes en que el niño T. se encuentra totalmente integrado al grupo familiar, así surge de lo expresado por el testigo Adrián Bernabé Cáceres -cfr. fs. 183., que dice: "...es una relación de familia, viven todos en la misma casa..."; por su parte la testigo María Alejandra Cordero expresa a su turno

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

que: "...si de la relación que ellos tienen, me consta por ser amiga de ellos, por nuestra experiencias vividas y todo lo compartido, es una relación afectuosa entre el niño T. y su hermana y entre ellos y sus padres. Digo sus padres porque a esta edad de la niña Ana Paula la figura paterna para ella es Exequiel..."; con respecto a las familias in extenso de T. la misma testigo depone que: "...están todos enloquecidos con el niño T. desde su llegada, incluso porque para la madre de Exequiel es el primer nieto en su conocimiento. Todos han estado conmovidos con la historia o manera de cómo llega a esta familia el niño T. y esto ha generado muchas expectativas, emociones y trajo mucha alegría después de la pérdida del hijo de la pareja N.B. o B. N. Fue casi un milagro para toda la familia...".

IV. Que en este orden de ideas, y adhiriendo el suscripto a la postura doctrinaria más amplia en cuanto a la admisibilidad y tratamiento de la figura llamada "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución", entiendo que no habrá de rechazarse la petición aquí impetrada, ello así porque negar situaciones y/o metodologías que se implementan desde hace ya varios años en el medio social, sería una negación vanal, porque en nada solucionaría los problemas de los justiciables que recurren a esta instancia ante el vacío legislativo existente. En tal sentido, ya se ha expedido la jurisprudencia en los autos: "NN O D G M B M S/inscripción de nacimiento, que tramitaron por ante el Juzgado Nac. de 1ª Instancia Civil nº 86, donde la magistrado Dra. Maria Bacigalupo De Girard, realizó un pormenorizado análisis de esta figura, de los elementos indispensables como lo son la voluntad procreacional, adhiriendo a la postura de admisibilidad de este instituto de gestación por sustitución, y citando las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aún cuando no se conoce si el mismo pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor del caso.

En efecto, planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del C.Civ., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación. Si dicha conformidad no se presentara -esto es, si existiera arrepentimiento de la madre gestadora, cosa que no ocurrió en autos- la regla de la voluntad procreacional podrá ceder frente a la necesidad de garantizar precisamente el interés del niño en cuestión, elemento que resultará prioritario ante supuestos intereses de adultos al momento de resolverse cuestiones en derecho de Familia, ello de acuerdo a lo que ya han dejado plasmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales Internacionales en innumerable cantidad de oportunidades.

En ese sentido, el elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como es el caso de T., es la voluntad procreacional y es a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los Sres. M.A.B. y H.E.N. en estos autos, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante.

Así, Díaz de Guijarro, 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 a la segunda, entendida como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo. Como consecuencia de aquella, la responsabilidad procreacional, deriva del hecho de la procreación, que es la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer...(cfr. "La Voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación" JA 1965-III-21, Díaz de Guijarro, Enrique).

Que tanto la actora -B. como el demandado -Sr. N. no sólo quisieron, procuraron y lograron la concepción de T., sino que fueron y son responsables directa y efectivamente de la crianza, educación y sostenimiento del menor de autos, y que encontrándose presente el elemento volitivo, tuvieron y tienen en miras la adquisición de todos los derechos y obligaciones que derivan del ejercicio de la patria potestad.

Que el niño T. N., en virtud de los análisis de ADN, de cuyo resultado da cuenta el informe de fs. 107 tiene un vínculo genético de paternidad con respecto al Sr. E.H. N. y de maternidad con la Sra. M.A. B. del 99,99%, y expresamente en la conclusión allí obrante se expresa que: "Los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de Paternidad de "N. E.H." y de Maternidad de "B. M.A.", respecto de "N. T.", con una Probabilidad de Paternidad superior al 99,99% para cada vínculo". (lo destacado en negrita y el subrayado me

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

pertenecen). Esa prueba debe ser tenida en cuenta para el posterior blanqueo e inscripción correspondiente a la filiación materna.

En ese sentido, enseña Lamadrid que "lo que realmente importa es dejar asentado que la maternidad se determina y registra oficiosamente por razón del parto, pero que ésta presunción (la que resulta del art. 242 C.C.) puede ser destruida por cualquier interesado que sostenga y pruebe que no existe nexo biológico entre la persona nacida en el parto y la madre putativa.

Por otra parte, podría objetarse en el sub lite, que el acuerdo de voluntades formulado entre la actora, el demandado Sr. N. y la Sra. F.C., sea nulo; debo decir en primer término que respecto al mismo se debe poner de relieve que en abstracto, la admisión de estos pactos pueden significar la creación de un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por la incomodidad del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra, ya sea que se constare el pago como precio por el servicio, o como indemnización por las molestias por las que debió pasar; pero aún considerándo a tal pacto con carácter de nulo y en la convicción que dichas acciones deben ser desalentadas porque pueden dan pie a la comercialización de la maternidad o del cuerpo femenino, entiende el suscripto que pese a lo expuesto no habrá de rechazarse la petición que dio origen a la demanda en autos por la existencia de esta cuestión, no menor por cierto, ya que entiendo que el rechazo no reporta beneficio a ninguno de los interesados, y menos aún al niño, quien es el sujeto fundamental cuyos intereses hay que resguardar.

Así las cosas, entiende el suscripto que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el Interés Superior Del Niño respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la Voluntad Procreacional.

Como tal lo expresa la citada Dra. Lamm, existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla.

Que arribado a este punto, en atención al vacío legislativo, advirtiéndose de todo lo hasta aquí expuesto, ¿puede el suscripto hacer como vulgarmente se dice "oídos sordos" a una realidad que se evidencia y practica desde larga data? Entiendo que no, que como juzgador debo atender las necesidades de los justiciables y dar una respuesta jurídica acorde a las mismas, aplicando el derecho de manera sistemática, y dando prioridad a principios tan fundamentales como son los derechos de los niños, derecho a la identidad, a la libertad reproductiva, a la protección integral de la familia, por lo que, reitero, no habrá de rechazarse la petición aquí impetrada.

V. Las costas, entiende el suscripto, que en atención al resultado arribado, deberán ser impuestas por su orden en todas sus partes, art. 65º ss. y cc., del C.P.C.C.

Por ello, y en virtud a los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citadas, a los que me remito brevitatis causae; resuelvo:

1º) Hacer lugar a la demanda en todas sus partes, decretando la Impugnación De La Filiación Materna Extramatrimonial y disponiendo la Filiación Materna Matrimonial en favor de la Sra. M.A. B., DNI Nº ..., en relación al niño T. N., DNI Nº ... En consecuencia, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de que deje sin efecto la filiación materna extramatrimonial e inscriba la filiación materna matrimonial aquí dispuesta.

2º) Las costas, deberán imponerse por su orden conforme a lo expuesto en el punto V. de los considerandos.

3º) Disponer la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción del niño T.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

3º) Imponer tanto a la actora Sra. B., como al demandado Sr. N., hacerle saber al niño T. sobre la manera en que fue concebido el mismo.

4) Regúlanse los honorarios de los Dres. L. E. O., F. S., M. R. C., A.C. C., y R. B., en las respectivas sumas de ..., equivalente a 200 juristas; ..., equivalente a 35 juristas; ..., equivalente a 35 juristas; ..., equivalente a 70 juristas; y ..., equivalentes a 100 juristas (art. 3, 30, 12, 58 y 63 de la ley 7046). — Gustavo Piquet.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados