Voces: FILIACION ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO ~ RECONOCIMIENTO DE EMPLAZAMIENTO FILIAL ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario(TColegFamiliaRosario)(Nro5)
Fecha: 27/05/2016
Partes: S. G. G. y otros s/ filiación
Publicado en: LLLitoral 2016 (agosto), 08/08/2016, 416 - DFyP 2016 (octubre) , 57, con nota de Soledad Briozzo; RCCyC 2016 (noviembre) , 113, con nota de Gabriela Yuba;
Cita Online: AR/JUR/37971/2016

Hechos:

Un matrimonio compuesto por dos hombres, quienes habían intentado sin éxito acceder a una adopción por varios años, decidieron concurrir a una clínica para someterse a un tratamiento de fertilización in vitro. Para realizar el procedimiento, se utilizó el material genético de uno de ellos y un óvulo donado. El niño fue gestado por una amiga de la familia, quien no era la donante. Esta última y los miembros de la pareja promovieron acción a fin de que se rectificara el acta de nacimiento del menor, donde constaba que era hijo de uno de ellos y de la gestante y, a la vez, impugnaron la maternidad asentada. El Tribunal de Familia le hizo lugar.

Sumarios:

1. Dos hombres que integran un matrimonio deben ser emplazados como padres del niño que fue concebido por una técnica de fertilización asistida llevada a cabo mediante el uso del material genético aportado por uno de ellos y un óvulo donado, cuyo embarazo fue gestado por una mujer distinta a la donante, pues ello permite tutelar los derechos del menor a forjar lazos jurídicos con quienes detentan la voluntad procreacional y han asumido con afecto y seguridad esa relación familiar desde el nacimiento.
2. La presentación efectuada por dos hombres casados que detentan la voluntad procreacional de un niño, tendiente a que se los emplace como progenitores en el acta de nacimiento y se desplace el vínculo jurídico con la madre gestante, debe admitirse, a fin de corregir la desigualdad de hecho que afecta a los hombres, quienes necesariamente deben recurrir a la adopción para lograr ser padres, cuando deberían gozar del mismo derecho que las mujeres a la gestación por sustitución.
3. Las parejas homosexuales tienen derecho a acceder a todos los beneficios asociados al matrimonio, ya que el Código Civil y Comercial expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes de las uniones matrimoniales y de sus efectos, sean de igual o distinto sexo.

Texto Completo:

Santa Fé, mayo 27 de 2016.

Resulta: Que G. G. S. y J. G. G. con patrocinio letrado y V. P. con patrocinio letrado peticionan la rectificación del acta de nacimiento de E S nacido el 11 noviembre de 2015 en esta ciudad en la cual consta que es hijo de G. G. S. y de V. P. debiéndose desplazar la filiación extramatrimonial de esta última y emplazar al pequeño como hijo del matrimonio S-G.

Explican que éstos últimos se conocen y están juntos como pareja desde junio de 2000, contrayendo matrimonio en 2011 conforme acta de matrimonio. En septiembre de 2011 se anotan en el Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda Adoptiva, la cual amplían en diciembre del mismo año y en septiembre de 2013 renuevan la inscripción. Refieren que luego de varios años de espera no fueron convocados por lo que el sueño de ser padres se veía frustrado. Frente a ello se acercan a la clínica de Buenos Aires y fueron asesorados que la gestación debía ser realizada con material genético del matrimonio y en este caso con un óvulo donado diferente a la mujer que gestaría al bebé, debiendo dicha gestación ser con fines altruista y no oneroso.

Indican que P. luego de analizarlo y conversar con su marido S. B. y con sus hijos se ofreció a ser la gestante del niño, firmando el 12 de marzo de 2015 el consentimiento previo, libre e informado, instrumento agregado en autos del cual surge que es el matrimonio S-G y que si bien los embriones criopreservados eran de su propiedad necesitaban un útero donde llevar adelante la gestación cuestión cumplida por P. sin intenciones de ella y su marido de ser padres del niño en cuestión. Ponen en conocimiento que P. y G. se conocen en 1993 en la Facultad de de la UNR y luego trabajan juntos en, viajaron juntos a España y vueltos a Argentina abren un, hasta 2002 que por la crisis económica cada no tomo un camino independiente a nivel profesional. Explican que tienen vínculos entre los dos matrimonios y los hijos L. y C. B. Respecto del niño E se ocupan desde el mismo momento del alta sanatorial los padres procreacionales. Anotan al niño en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de evitar que quede sin documentación que además le informaron que era imposible la inscripción a nombre de ellos sin la autorización judicial atento la falta de legislación expresa. Así habiendo nacido el niño concebido mediante el procedimiento de fertilización in vitro y posterior gestación por sustitución sin tener ningún vínculo biológico con P., siendo el matrimonio S. G. los padres procreacionales, y teniendo uno de ellos vinculación genética con el niño, soliciten que se desplace a P. como madre extramatrimonial y se emplace como hijo matrimonial de J. G. G. y G. G. S. en analogía a lo que dispone la ley 26.413 para la adopción plena y cumplir con lo ordenado por el art. 563 del Cód. Civil y Comercial, acompañan la historia clínica. Brindan los fundamentos legales y doctrinarios 1 y citan jurisprudencia nacional que admite la acción intentada. Ofrecen prueba documental, testimonial e informativa. (fs. 1-36).

Escuchadas en audiencia las partes, la madre gestante manifiesta que estuvo bastante tiempo preparada y el objetivo era tener un hijo para sus amigos, el marido explica que tenían dos hijos de su unión y que si bien fue una sorpresa entendieron que era un acto de amor y ejemplaridad para sus hijos y siempre tuvieron en claro que fue una búsqueda para el hijo de aquellos. Agregan que sus hijos llaman “primo” al bebé y la hija le dijo que van a “prestar nuestra panza”. Los peticionantes explican que la clínica les informó que en caso de ser necesario por una enfermedad de transmisión genética pueden brindar el dato de la madre biológica. Ambos expresan que desean mantener como nombre y apellido del nacido E. S. (fs. 63), por lo que se encuentran los presentes en estado de resolver;

Considerando: Que un matrimonio unisexual inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva, luego de varios años de espera sin resultado positivo, recurren a una clínica de Buenos Aires para realizar la gestación con material genético del matrimonio y en el caso con un óvulo donado por una mujer diferente a la que gestaría a la persona por nacer, debiendo dicha gestación ser con fines altruista y no oneroso. A tal fin requieren a una amiga en común, quien luego de analizar la cuestión con su marido y anoticiar a sus dos hijos, con ayuda psicológica, se ofrece a ser la gestante, firmando el consentimiento previo, libre, informado y debidamente asesorado.

Peticionan la rectificación del acta de nacimiento del niño donde consta que es hijo de uno de los integrantes del matrimonio y de la gestante y a su vez impugnan maternidad de esta última para emplazar al niño como hijo de aquellos.

De las constancias de autos se tiene:

1.- el acta de nacimiento del niño nacido el 11 de diciembre de 2015 donde consta como hijo de uno de los integrantes de la unión y de la gestante, instrumento público cuya rectificación e impugnación de la maternidad se peticiona (fs. 3).

2.- El acta de matrimonio de los peticionantes (fs. 3).

3.- El consentimiento previo libre e informado entre el matrimonio y la gestante con distinto asesoramiento letrado del 12 de marzo de 2015 por el que se deja constancia que la pareja procreacional tienen el deseo de ser padres y la única manera de lograrlo es a través de una transferencia de embriones criopreservados de propiedad de ellos a través de técnicas de fertilización asistida y la gestante, quien acepta llevar el embarazo por aquéllos, prestando la conformidad su marido y asiente que el hijo que nazca no será hijo de su mujer. Consta que el o los embriones producto de la fertilización in vitro serán transferidos al útero de la gestante, luego de un minucioso

estudio y previa aprobación por el Centro Médico donde finalmente se realizó la prestación. También se advierte a la gestante sobre los principales riesgos físicos y psicológicos de este procedimiento. Asimismo figura en el mentado instrumento todas las indicaciones médicas, de cuidado personal, tratamiento y control para la gestante, quien acepta y autoriza a los profesionales de la Clínica realizar el procedimiento por sustitución firmando cuatro ejemplares con la pertinente certificación notarial de firmas (fs. 6-9).

4.- el certificado de matrimonio de la mujer gestante y su marido (fs. 10) y las partidas de nacimiento de sus hijos (fs. 10-12)

5.- la constancia de recepción de documental por parte del Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva (fs. 13-15).

6.- el estudio de identificación de vínculo biológico realizado con las técnicas de ADN entre los peticionantes, la gestante y el niño, del cual surge la inclusión de paternidad hacia uno de los integrantes del matrimonio y la exclusión respecto del otro y de la maternidad de la gestante (fs. 17-26).

7.- el informe de la evaluación diagnóstica de la gestante que determina la plena conciencia respecto de la subrogancia materna con actitudes compatibles con la función requerida. A su vez la pareja procreacional se trabaja en la construcción de la familia homoparental, la división de roles y funciones, la construcción de identidad del niño y la importancia de transmitir la verdad en relación al origen con ensayo de métodos y estrategias para tal fin. En ambos casos no se observa trastornos psicológicos (fs. 27-29).

8.- En el dictamen la Defensora General sostiene que la técnica de gestación por sustitución no está legislada, por tanto teniendo en cuenta Interés Superior del Niño y siempre que quede a salvo su derecho a la identidad, se expide favorablemente (fs. 55).

9.- en audiencia se toma contacto personal con todos los involucrados y de ella emerge la amistad entre los peticionantes, la gestante y su marido; el pleno, libre e informado consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida; el anoticiamiento y conformidad de los hijos de la gestante y su marido, donde la niña manifiesta “prestar nuestra panza” y que la pareja lo realiza como un acto de amor y ejemplaridad para sus hijos, sin confusión en los roles respecto a que la gestación del hijo era para los peticionantes. (fs. 63).

Que conforme el acta de nacimiento el niño se encuentra inscripto como hijo de la mujer gestante de estado civil casada y de uno de los peticionantes —unido a otro hombre en matrimonio—, por tanto el Registro Civil y Capacidad de las Persona no consignó en ese instrumento público al apellido del marido de la madre.

Estos destinatarios de la fertilización asistida conforme a la situación que atraviesan es una inseminación en parte homóloga compuesta de la dación de esperma de uno de los peticionantes y en parte heteróloga correspondiente a la extracción de los ovocitos de una donante anónima, luego de conseguida la fecundación extracorpóreamente se introducen los embriones en la mujer gestante, quien aparece como madre en el certificado del niño cuya filiación se pretende modificar.

Para definir el vínculo filial en función del elemento volitivo existe un reconocimiento implícito de esta práctica de alta complejidad, definida en el dec. 956/2013 que reglamenta la Ley 26.862: “... Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...” (art. 2°).

En lo referido al consentimiento informado, se realizó un tratamiento especial respecto de su alcance y configuración por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (art. 5 Ley de derechos del paciente 26.529 s/texto ley 26.742), consentimiento que podría haber sido revocado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer” (art. 7° se enrola la ley 26.862)

Que de acuerdo al relato y constancias de autos el niño fue concebido mientras regía el Cód. Civil y su nacimiento se produce luego de la entrada en vigencia el Cód. Civil y Comercial.

El nuevo ordenamiento legal incorporó un tercer tipo de filiación: la filiación por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional, a su vez La ley 26.994 dispuso en el art. 9, cláusula tercera: "Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta."

El nuevo ordenamiento legal sistematiza específicamente la filiación por THRA donde "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable..." (art. 561 y 562 Cód. Civil y Comercial).

Estas nuevas prácticas médicas fuerzan a generar nuevos conceptos jurídicos y su implementación permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento.

No obstante, el Cód. Civil y Comercial no regula la gestación por sustitución, esto es la utilización artificial del material genético de uno de los peticionantes con la donación de ovocitos de una donante anónima fecundado extracorpóreamente para ser implantado en un vientre que no es de quien aporta el material (madre gestante).

De las tres posiciones existentes en el derecho comparado frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación, Argentina adoptó una posición abstencionista, al no establecer en el nuevo ordenamiento civil y comercial, como sí lo estaba en el anteproyecto, la admisibilidad de este tipo de gestación con reglas propias con una decisión final judicial de autorización. En entendimiento original, la filiación quedaba determinada entre el niño nacido y el o los progenitores procreacionales mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los mentados y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El texto originario del Art. 562 del anteproyecto sobre estas técnicas fue suprimido y el dictamen presentado al Congreso de la Nación por la Comisión Bicameral (ap. art. VI ítem 62), estimó que "...encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma".

Se afirma que no haber contemplado normativamente la gestación por sustitución "significaría una contradicción global con el régimen normativo argentino", porque la voluntad procreacional guarda afinidad con la ley 26.529 de Derechos del Paciente, cuyos arts. 1° y 2° señalan a la autonomía de la voluntad (art. 2° inc. e]. También se señala como relevante la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda "decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenernos" (art. 3°, inc. e]), exige el respeto a sus creencias y libertad de pensamiento (art. 3°, inc. g]), en tanto hay violencia sexual contra ellas cuando no pueden decidir voluntariamente acerca de su vida sexual y reproductiva (arts. 5°, inc. 3°, y 6°, incs. a], d] y e]) (Galeti, Elvio, "Un estudio jurídico complejo de la gestación por sustitución", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, nro. 1, enero/febrero de 2015, p. 175)

El texto legal finalmente sancionado tampoco prohíbe expresamente o sanciona con la nulidad de pleno

derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden, la gestación por sustitución, situación que genera incertidumbre para los que recurren a éste tipo de técnicas y para la sociedad en general al no tener pautas claras hasta que no exista una jurisprudencia consolidada, dependerá de la discrecionalidad del juzgador para cada caso.

Hay normativa supralegal que podemos aplicar, así el art. 19 de la Constitución Nacional y el "derecho a la identidad" reconocido por la Convención de los Derechos del Niño incorporada a la Constitución Nacional por el inc. 22 del art. 75, donde los Estados partes se comprometen a prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer la identidad, cuando un niño "... sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos...".

Por otro lado el Cód. Civil y Comercial incorpora un reconocimiento legal de las personas del mismo sexo casadas o unidas convivencialmente a entre sí a tener descendencia ya que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción y cualquiera de ellas, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos (art. 558).

Por tanto cualquier matrimonio o unión convivencial hetero u homosexual tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por ser imposible a éstos últimos la fecundación natural entre sus componentes, por lo que sería inconsecuente no permitir el uso de técnicas de reproducción humana asistida, según vimos previsto originariamente en el anteproyecto del Cód. Civil y Comercial.

Con la realidad biológica existen otras verdades —sociológica, cultural, afectiva— que también hace a la identidad de la persona y todas ellas son tuteladas por el ordenamiento jurídico en el art. 33 de la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (conforme arts. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional); vgr. Arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3° del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De las constancias de autos emerge que: a) todas las personas involucradas han tenido como norte el interés superior del niño; b) la gestante tiene plena capacidad, fue debidamente informada, contó con asesoramiento legal, posee buena salud física y psíquica; c) uno de los integrantes del matrimonio peticionario ha aportado sus gametos; d) los peticionantes no pueden concebir y tampoco llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución de ningún tipo; g) la gestante ha parido dos hijos en su unión matrimonial antes del caso bajo análisis; h) la gestante ha prestado su vientre en forma libre, luego de un profundo análisis dentro de su entorno familiar y ayuda psicológica; i) el recurso de éstas técnicas fue utilizado como última alternativa por los peticionantes ante la infructuosa espera en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva.

Esta mujer, "ser luminoso" (en siete artículos el Cód. Civil y Comercial designa como sinónimo de parir la que da a luz) que llevó adelante el embarazo, fue suficiente y plenamente informada sobre la situación que libremente aceptó, anoticiada y asesorada legalmente de los posibles riesgos, no sufrió ningún tipo de explotación, posibilitó el tratamiento y control necesarios para la transferencia embrionaria de los progenitores procreacionales.

En síntesis la mujer gestante obró con pleno y libre consentimiento por cuestiones de solidaridad y humanismo decidió, con el asentimiento de su marido, llevar adelante el embarazo para dar una vida hacia sus amigos que naturalmente no pueden tener hijos, fines que son acordes a los requisitos que exigía el proyecto.

Ella junto con su marido en audiencia brindó explicaciones sobre la relación con los peticionantes, el debate entre todos los miembros de su familia, los recaudos que se tomaron y su firme intención de gestar un niño como guiño de amor y solidaridad hacia sus amigos y fundamentalmente como acto ejemplificador hacia sus propios hijos. "Prestar nuestra panza" fue la expresión de su hija de nueve años.

Esta especialísima y única circunstancia en la existencia de ésta mujer, forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de

derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la mujer someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. El mencionado tribunal ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por tanto considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico ("Caso Artavia Murillo y otros. "Fecundación in vitro" vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 143).

¿Cuál es la maternidad jurídicamente relevante: la genética o la gestacional? ¿Debe rechazarse la impugnación de la maternidad por ser esta mujer la implantó en su útero un cigoto genéticamente diferente a su propia genética, pero al que aportó las características de su estructura biológica, psicológica, emocional, espiritual y de su vida toda, incluida la social, hasta el alumbramiento y luego producido éste, entregó el niño a los progenitores genéticos? O bien ¿ante el nacimiento con vida, por voluntad de personas que viven en uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, debemos admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la existencia de una voluntad procreacional y por tanto admitir la impugnación de la maternidad?

Debe admitirse la existencia de una disociación entre la maternidad genética que en el caso fue anónima, la maternidad gestacional y la voluntad procreacional donde uno de los integrantes del matrimonio que propicia la modificación de la partida de nacimiento además aportó su esperma, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, y permitir la construcción de un vínculo parental conforme ese anhelo.

La identidad de origen y la gestacional no tienen por qué desplazar en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración compleja y que estará a cargo de quienes tuvieron la intención y el interés procreacional, no son manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias, ocurre que no es posible receptar esta multiplicidad filiatoria porque expresamente el Cód. Civil y Comercial rechaza la contingencia que una persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. (art. 558).

La sustitución gestacional o gestación por sustitución ¿perjudica a terceros, atenta contra el orden público, vulnera derechos del niño así nacido?

Sobre los tres interrogantes es preciso centrarse en el más relevante: el interés mejor de éste niño que de no haber recurrido a ésta técnica los progenitores procreacionales y la mujer gestante, no existiría. Estas personas desearon fervientemente su existencia, no recurrieron a esta práctica por razones laborales, de comodidad o estéticas, intentaron el camino de la adopción con resultado negativo, luego, ¿Puede el Estado oponer otras dificultades además de las que afrontan? (legales, económicas, fácticas, etc.)

Como el sistema de posicionamiento global, en inglés "Global Positioning System", conocido por su sigla "GPS" que permite determinar en toda la Tierra la posición de un objeto utilizando los satélites que la orbitan y que curiosamente comparte la sigla con las gestación en danza, —GpS— debemos recalcular.

¿Hay un orden público absoluto que impide obrar en aras de ese interés superior de este niño y de la protección y defensa de sus derechos, mejor interés que excluye toda consideración dogmática para centrarse exclusivamente en las particularidades de cada caso? o ¿por el contrario deben quedar relegados?

No se trata en este caso de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino

de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia (SCBA, 26/10/2010, D., A. E. c. D., C. voto del Dr. Julio César Pettigiani donde remite al Ac. 78.446, sent. del 27/01/2001)

Cabe recibir asimismo el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

A esto debe sumarse el reconocimiento expreso dentro de los principios generales receptados para los procesos de familia, junto con el de la tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, el de facilitar el acceso a la justicia especialmente tratándose de personas vulnerables y finalmente la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tenerse en cuenta el interés superior de esas personas. (art. 706 Cód. Civil y Comercial).

Bajo esa mirada corresponde hoy tutelar los derechos emergentes del niño concebido por la voluntad procreacional de quienes hoy peticionan la modificación del acta de nacimiento y consecuentemente la impugnación de la maternidad, por no ser ella la madre del hijo que pasa por suyo, para forjar decididamente lazos jurídicos con quienes ha asumido decididamente su rol, con afectos y seguridad a esa relación familiar que se forjó desde el día del nacimiento, (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 10, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional).

El Cód. Civil y Comercial incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402).

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc., pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

Además de los razonamientos precedentes, debe admitirse la presentación efectuada por el matrimonio que detenta la voluntad procreacional respecto al niño, como una respuesta jurisdiccional encaminada a promover la igualdad de posibilidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a los hombres que necesariamente deben recurrir a la adopción cuando deberían gozar de idéntico derecho que las mujeres a la gestación por sustitución a fin de lograr su ansiada progenitura.

Que de acuerdo a la conformidad expresa de todos los involucrados, la legitimación activa de quienes accionaron, el asentimiento del marido de la gestante, la Defensora General que representa complementariamente al niño, el estudio de molecular de ADN sobre exclusión de la maternidad consignada en el acta de nacimiento y cuya impugnación debe prosperar, por no ser la mujer del hijo que pasa por suyo, conf. Arts. 565 y 588 del Cód. Civil y Comercial y el consecuente emplazamiento como progenitor, además del consignado en el acta de nacimiento del niño, del otro integrante del matrimonio unisexual, siendo ello la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.

Que las costas de éste juicio se distribuyen en el orden causado, atento el desarrollo de la litis y al no existir controversia (conf. Art. 250 CPSCSF.) por todo lo expuesto y art. 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelvo: 1.- Admitir la demanda y en consecuencia impugnar la maternidad de V. P. respecto de E. S. y por tanto declarar el emplazamiento de E. S. como hijo G. G. S. y de J. G. G., oficiándose al Registro Civil y Capacidad de las Personas a fin de que proceda a su modificación; 2. Imponer a los progenitores procreacionales, la obligación de hacerle saber a su hijo mediante la ayuda psicológica pertinente la manera en que fue concebido y gestado; 3.- Imponer las costas en el orden causado; 4.- Regular los honorarios profesionales. Insértese y hágase saber. — Ricardo J. Dutto.