Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/JUR/288/2012

Tribunal: Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fecha: 22/03/2012
Partes: D., C. G. y G., A. M. v. GCBA
Publicación: APJD 26/04/2012

DERECHOS Y GARANTÍAS - Igualdad - Ámbitos de aplicación - Derecho civil - Matrimonio de personas de sexo masculino – Concepción de un hijo mediante técnicas de fertilización asistida en el exterior del país – Inscripción del menor como hijo del matrimonio de personas de sexo masculino – Ley 26.413 – Aplicación analógica

Sumarios

1.DERECHOS Y GARANTÍAS - Igualdad ~ Ámbitos de aplicación ~ Derecho civil

El reconocimiento de la doble paternidad no ha sido contemplado en la norma contenida en el art. 36 de la ley 26.413, que se limita al caso de una pareja femenina, de manera que existe un vacío normativo ante el cual procede recurrir a la aplicación analógica de la ley y entender que el trámite para el caso de inscripción registral de los hijos de una pareja conformada por dos hombres debe ser idéntico al de una pareja heterosexual o al de una pareja conformada por dos mujeres.

2.DERECHOS Y GARANTÍAS - Igualdad ~ Ámbitos de aplicación ~ Derecho civil

El elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico - formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible -para ese nacimiento concreto-, sino porque los demás elementos, biológicos (o genéticos), pueden ser sustituidos todos, pero lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no, o de una mujer sola.

3.DERECHOS Y GARANTÍAS - Igualdad ~ Ámbitos de aplicación ~ Derecho civil

Si tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales conformadas por mujeres tienen derecho a inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida sin que se tenga en cuenta el elemento biológico, prohibir o impedir, u obstaculizar del modo que sea esta facultad cuando la pareja está conformada por dos hombres implicaría un cabal desconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de esas personas.

4.DERECHOS Y GARANTÍAS - Igualdad ~ Ámbitos de aplicación ~ Derecho civil

En aras de los derechos de igualdad y no discriminación de los peticionantes –matrimonio de personas de sexo masculino- y de los derechos de la persona por nacer en la República de la India —hijo de los actores, concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida y con el propósito de aventar problemas burocráticos a la hora del nacimiento de ese niño/a que pudieren perjudicarlo en sus derechos reconocidos y vigentes en la Argentina, corresponde autorizar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a que ante la solicitud de la Embajada de la República Argentina en la República de la India proceda a la inscripción del nacimiento del nacido, estableciendo la copaternidad de sus progenitores.

TEXTO COMPLETO

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

1ª INSTANCIA.— Buenos Aires, marzo 22 de 2012.

Y vistos:

Los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para resolver la medida cautelar solicitada, y

Considerando:

I. Se presentan C. G. D. y A. M. G. y promueven acción de amparo contra la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del GCBA. Ello, con el fin de que dicho organismo, ante la solicitud de la Embajada de la República Argentina en la República de la India —secc. Consular—, Representación Consular en Nueva Delhi, inscriba la partida de nacimiento de T./U., concebido mediante el método de la maternidad subrogada en la República de la India, estableciendo la copaternidad basada en la voluntad procreacional de los actores. Explican que tal conducta se requiere a efectos de que la Embajada de la República Argentina en la República de la India —secc. Consular—, Representación Consular en Nueva Delhi, pueda otorgar el respectivo documento nacional de identidad y pasaporte para que, una vez nacido, el niño o niña pueda viajar de la República de la India a la Argentina. Sostienen que, de lo contrario, se estaría violentando el derecho a la no discriminación basado en la orientación sexual de las personas, y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y de la protección de las relaciones familiares entre padres y niños, reconocidos en diversas normas locales y en instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Relatan que cohabitan como pareja desde el año 2000, desarrollando desde entonces un vínculo afectivo sobre la base del cual diseñaron un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos, que se consolidó cuando el 20/10/2011 contrajeron matrimonio civil en el marco igualitario instituido por la ley 26618.

Continúan diciendo que desde que se conformaron como familia tuvieron el deseo de ser padres, y que decidieron concretarlo mediante el instituto de la maternidad subrogada que se desarrolla en la ciudad de Nueva Delhi de la República de la India. Para ello celebraron sendos contratos con: a) una donante anónima de óvulos mediante un Centro de Donación en California, EE.UU.; b) con una madre subrogante de nacionalidad india, y c) con una clínica privada de Nueva Delhi donde se desarrolla la totalidad del procedimiento de gestación subrogada. Ponen de resalto que los gametos masculinos o espermas generadores del huevo cigoto o embrión fueron aportados por C. G. D.

Siguen relatando que el día 7/11/2011 se constató el embarazo de la mujer escogida como madre subrogante, habiéndose establecido la fecha estimativa de nacimiento del niño o niña para el día 9/7/2012. Explican que la normativa india impide conocer el sexo del niño o niña hasta antes del nacimiento, razón por la cual, en ejercicio del derecho a la identidad y al nombre, han resuelto que si es varón se llamará T. y si es mujer U.

Añaden que según la normativa de la India, a los niños nacidos bajo el método de maternidad subrogada se les extiende un certificado de nacimiento donde figura su nombre, el sexo, lugar y fecha de nacimiento, el nombre del padre (en este caso, C. G. D.) y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. Agregan que el certificado no reconoce la nacionalidad india del niño, con lo cual éste adquiere inmediatamente el estatus de apátrida. Ello implica que hasta tanto el Estado argentino no le reconozca la nacionalidad argentina y le otorgue los respectivos documentos que lo identifiquen como tal, T./U. no podrá egresar de la República de la India y viajar a nuestro país para desarrollar plenamente su vida familiar con sus padres.

Continúan su relato diciendo que desde el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación les manifestaron que no existían obstáculos para la expedición de la documentación solicitada, pero que, como el Consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Por tal motivo, el 22/2/2012 promovieron una declaración de certeza administrativa ante la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del GCBA. En respuesta, el 9/3/2012 se les notificó el dictado de un acto administrativo mediante el cual el director del Registro manifestó que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación tiene facultades propias para inscribir nacimientos en sus consulados requeridos por argentinos nativos conforme lo establece la normativa

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

vigente. Frente a esa respuesta, el 12/3/2012 los actores promovieron una solicitud de aclaratoria, a efectos de que establezca si oportunamente, ante la solicitud de la Embajada de la República Argentina de la India, secc. Consular, Representación Consular en Nueva Delhi, inscribirá la partida de nacimiento de T./U. estableciendo la copaternidad de los aquí actores. Añaden que el 13/3/2012 se le informó al subsecretario de Justicia del GCBA, Dr. Javier Buján, respecto de la presentación de la aclaratoria realizada y se le solicitó de forma subsidiaria que se avocara, sin que a la fecha de interposición de la presente hayan obtenido respuesta alguna.

Analizan el relato de los hechos poniendo de resalto que en la medida en que no se expida la documentación estipulada, T./U. no podrá viajar de la República de la India a nuestro país junto con sus padres, lo cual implica una clara lesión al derecho a la no discriminación basado en su orientación sexual.

Finalmente fundan en derecho su petición y citan doctrina y jurisprudencia en apoyo de su tesitura. En honor a la brevedad, daré por reproducidos los argumentos jurídicos que extensamente se exponen en el libelo inicial, destacando que la parte actora también se refiere al acceso a la justicia.

II. Como primera medida cabe poner de resalto que la presentación efectuada por los actores encuadra en las previsiones del art. 10, Reglamento de Recepción de Causas en Días y Horas Inhábiles del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, aprobado por res. CM 845/2010, considerando quien suscribe que se encuentran acreditadas razones de urgencia a fin de dar trámite a las peticiones formuladas por encontrarse, sin solución de continuidad, violentados derechos fundamentales de la persona humana.

III. Las cuestiones centrales que se han planteado hacen básicamente a la siguientes circunstancias: 1) que el nacimiento del niño sea consignado en un certificado expedido por la República de la India que no le reconoce esa nacionalidad y pudiera entonces tener el estatus de apátrida mientras el Estado argentino no le reconozca la racionalidad argentina y le otorgue los respectivos documentos, y por ende no pueda egresar de la República de la India y viajar a nuestro país para desarrollar plenamente su vida familiar con sus padres; 2) la contradicción entre autoridades nacionales que sostienen que el Consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires y las respuestas de las autoridades de ese organismo que sostiene el ejercicio de facultades propias del Consulado en esta materia.

Conforme surge del relato efectuado en el escrito de inicio y de la documental de fs. 38, los actores han contraído matrimonio civil en el marco instituido por la ley 26618, la cual incorporó una cláusula complementaria referida a la aplicación de la reforma en todas las normas de nuestro derecho vigente, estableciendo que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables al matrimonio constituido por dos personas de igual o distinto sexo. Se estableció además la imposibilidad de interpretar norma alguna en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones para los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo, debiendo siempre equipararse con los conformados por dos personas de distinto sexo (Ibarra, Vilma, “Matrimonio igualitario. Aspectos constitucionales”, Supl. Esp., “Matrimonio entre personas del mismo sexo”, LL, agosto de 2010).

Esta modificación legal que vino a equiparar los derechos de las personas que deciden unirse en matrimonio, independiente de su orientación sexual, implicó también la necesidad de formular algunos cambios en lo que respecta a la filiación, a fin de contemplar la realidad de las parejas no heterosexuales. Así, respecto de aquellas parejas conformadas por dos mujeres, el art. 36, ley 26413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en su actual redacción —según ley 26618—, establece que la inscripción de los nacimientos deberá contener “...el nombre y apellido del padre y de la madre, o en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los documentos de identidad...”. Es decir que el nuevo régimen legal admite la doble maternidad, lo que resulta una consecuencia necesaria del reconocimiento de los mismos derechos a todas las parejas que contraen matrimonio, independientemente de la orientación sexual de sus integrantes.

El caso de autos presenta la particularidad de que lo que se pretende es el reconocimiento de la doble paternidad, supuesto que no ha sido contemplado en la mencionada norma que se limita al caso de una pareja femenina. En consecuencia, existiría un vacío normativo al respecto, hipótesis ante la cual procede recurrir a la aplicación

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

analógica de la ley (conf. art. 16, CCiv.) y entender que el trámite para el caso de inscripción registral de los hijos de una pareja conformada por dos hombres debe ser idéntico al de una pareja heterosexual o al de una pareja conformada por dos mujeres.

Es que precisamente el objetivo de la ley 26618 fue eliminar, en lo que hace a la institución del matrimonio, cualquier tipo de discriminación de las personas en función de su orientación sexual.

Si este atributo es indiferente para la ley a la hora de reconocer la posibilidad de contraer matrimonio, también debe ser indiferente el género o la orientación sexual a la hora de inscribir a los hijos de ese matrimonio legalmente reconocido.

Por lo demás, se ha señalado que "el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (o genéticos), pueden ser sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no, o de una mujer sola" (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL del 20/9/2010).

En este sentido, debe advertirse que la situación planteada en autos revela la existencia de una situación de desigualdad y discriminación en perjuicio de parejas conformadas por dos hombres.

En efecto, mientras una pareja heterosexual y una conformada por dos mujeres pueden inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo nacido bajo las técnicas de reproducción asistida, no se reconoce el mismo derecho a una pareja de hombres, quienes biológicamente no tienen otra alternativa que recurrir a una mujer para poder concretar su deseo de ser padres. Si tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales conformadas por mujeres tienen derecho a inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida sin que se tenga en cuenta el elemento biológico, prohibir o impedir, u obstaculizar del modo que sea esta facultad cuando la pareja está conformada por dos hombres implicaría un cabal desconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de esas personas.

En la Constitución local se "reconoce y garantiza el derecho a ser diferente", no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de "orientación sexual" (art. 11).

Ahora bien, "No basta con reconocer o proclamar un derecho fundamental, lo que, con toda su gran importancia, a veces resulta un tanto simple. Es preciso ir concretando su ámbito y contenidos, y a tales efectos resultará decisiva la función jurisdiccional, dado que la respuesta del constituyente suele ser sucinta y escueta, y por su parte, el legislador tampoco tiene por qué estar rellenando huecos continuamente..." (Martin Retortillo Baquer, Lorenzo, "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales. Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría", t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 591).

Por otra parte, éste ha sido el criterio adoptado por la propia administración local en la res. 38/2012 dictada por el subsecretario de Justicia de la CABA, mediante la cual instruye a la Dirección General de Registro Civil y Capacitad de las Personas para que "en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de los niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26618, evitando adicionar constancia lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de los niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores" (art. 10). La resolución no hace ninguna distinción respecto del género femenino o masculino de los progenitores.

Así, debe advertirse que la presente decisión jurisdiccional no se opone al criterio expresado en el mencionado acto administrativo sino que bien al contrario se dirige a la efectivización de ese derecho a la no discriminación, plasmado en la reciente reforma del Código Civil y del que se hace eco la resolución dictada por el Subsecretario de Justicia.

IV. Una cuestión no menor que este caso plantea es que se encuentra en juego el derecho a la identidad del niño o niña por nacer.

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

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que en cumplimiento de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, norma con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), debe tenerse en cuenta el interés superior del niño (art. 30, CDN), el cual en este caso se materializa al tratarse de una persona por nacer, a que sea inscripta inmediatamente después de su nacimiento, a ser cuidado por sus padres, a preservar sus relaciones familiares (arts. 7 y 8, CDN) y a que sea garantizado su derecho a la supervivencia y a su desarrollo (art. 6, CDN).

No caben dudas de que es más favorecedor para el mejor interés del niño y reconocimiento de sus derechos, que sea inscripto al momento de nacer con su doble vínculo paterno filial.

Por lo tanto, en atención a las particularidades del caso que se ha planteado, se torna necesario en aras de los derechos de igualdad y no discriminación de los actores y de los derechos de la persona por nacer en la República de la India —hijo de los actores—, y con el propósito de aventar problemas burocráticos a la hora del nacimiento de ese niño/a que pudieren perjudicarlo en sus derechos reconocidos y vigentes en la República Argentina —por caso, si fuera considerado un "apátrida"—, autorizar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a que ante la solicitud de la Embajada de la República Argentina en la República de la India —secc. Consular—, Representación Consular en Nueva Delhi, proceda a la inscripción del nacimiento de T./U., estableciendo la copaternidad de C. G. D. y A. M. G., según lo establece la res. SSJUS 38/2012 (BO CABA 3864, del 2/3/2012).

Por las consideraciones expuestas resuelvo: Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores, teniendo por prestada la caución juratoria con el escrito de inicio. En consecuencia: Autorizo a las autoridades del Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento del/a niño/a hijo/a de los actores ante la solicitud de inscripción de nacimiento que formule la Embajada de la República Argentina en la República de la India —secc. Consular—, Representación Consular en Nueva Delhi, estableciendo en dicho momento la copaternidad de C. G. D. y A. M. G., según lo establece la res. SSJUS 38/2012 (BO CABA 3864, del 2/3/2012).

A dicho fin, líbrense oficios —cuya confección y diligenciamiento se encuentran a cargo de la parte actora— al Registro Civil de Estado y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires y al subsecretario de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Javier Buján.

Regístrese y notifíquese, a la parte actora personalmente y al GCBA —Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— mediante oficio a diligenciarse con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles, dejando aclarado que su confección y diligenciamiento quedan a cargo de la parte actora.

Atento a lo dispuesto en el art. 9, Reglamento de Recepción de Causas en Días y Horas Inhábiles del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, aprobado por res. CM 845/2010, en la oportunidad allí dispuesta remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de Apelaciones del fuero a fin de que dé ingreso a las presentes actuaciones y proceda a su correspondiente sorteo y desinsaculación.

Fdo:. Fabiana Haydee schafrik

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