Citar ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/24326/2015

Tribunal: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83
Fecha: 25/06/2015
Partes: N.N. O s/ Inscripción de nacimiento
Publicación: APFAMJD 06/08/2015
FILIACIÓN - Generalidades - Inscripción del nacimiento de una niña mediante la técnica de maternidad subrogada. Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial.

Sumarios

1.CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - FILIACION ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ MATERNIDAD SUBROGADA

El Código Civil y Comercial (ley n°26.449), recientemente sancionado prevé conforme surge del art. 558 del mismo que la “filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción”, en función de ello corresponde ponderar este nuevo ordenamiento legal a fin de resolver el pedido de inscripción de nacimiento de una niña mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada.

2.CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - FILIACION ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ MATERNIDAD SUBROGADA

Ante el hecho consumado del nacimiento mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada y ante la falta de legislación vigente, es un "deber" del juzgador permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes, por ello ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merece preeminencia los principios del interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.

TEXTO COMPLETO

1ª Instancia.— Buenos Aires, junio 25 de 2015.

Resulta: 1) A fs. 73/79 se presentan mediante apoderada ....., solicitando la inscripción del nacimiento de la niña "....." ocurrida el día 7 de agosto de 2014 en el Sanatorio Maternidad Suizo Argentina de esta ciudad de Buenos Aires.

A tal fin manifiestan que ..... dio a luz una niña, pero en el caso se utilizó la técnica procreacional de "maternidad subrogada" (ver fs. 74 punto IV), en donde ella aceptó que le fuera implantado un embrión, y llevar adelante el embarazo, y luego entregar a la niña que diera a luz.

En prueba de todo lo hasta aquí relatado, acompañan a su pedido, el acuerdo de "voluntad subrogada" que luce a fs. 14/16 y cuyas firmas se encuentran certificadas por escribano, y el estudio de filiación biológica que luce a fs. 24/30, realizado en la clínica Fundación Favaloro entre: ....., en donde se concluye que la pareja conformada por ....., resultan ser los padres biológicos de ..... en una probabilidad de parentesco mayor a

99,99999999999999999999 por ciento.

2) A fs. 92/94 luce dictamen del Sr. Agente Fiscal, quien ante el vacío legislativo expreso, enumera los antecedentes nacionales, y la legislación comparada, como así también hace hincapié en la circunstancia de que en el Cód. Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado, el instituto se encontraba previsto en el art. 562,

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

pero no se incluyó en la redacción definitiva.

Sostiene el Magistrado que ante la advertida laguna legal, corresponde aplicar para resolver los conflictos que se susciten, la normativa general de fondo y tratándose de un caso de concepción mediante fertilización in vitro con subrogación uterina, el elemento determinante de la filiación es la "voluntad procreacional", que importa la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, aunque acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

En base al instruido dictamen, sostiene el Fiscal, que teniendo en cuenta que el caso de autos, se presenta como un hecho consumado en tanto la menor ya ha nacido en base a la técnica FIV y dado que su inscripción de nacimiento debe prevalecer el principio de veracidad material, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real, considera que corresponde hacer lugar a lo requerido por los actores.

3) Por su parte la Sra. Defensora de Menores, quien asumió la representación de la niña a fs. 82, dictamina a fs. 95/98.

Realiza una síntesis de la presentación en estudio, determina o conceptualiza lo que se debe entender por "interés superior del niño" consagrado por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, dando definiciones brindadas por Nuestra Corte Suprema de Justicia como así también de la Comisión Internacional de Derechos Humanos. Afirmando que está premisa es la que guía genuinamente su accionar en autos, y solicita sea tenida en cuenta para la resolución del presente.

Respecto al concepto de "la identidad", reseña que la Corte ha sostenido en el fallo "Müller" (del 13/11/1990) que "...la identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado, por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a si mismo". Con lo pretendido en autos, afirma la Magistrada, que la registración se ajuste a la realidad biológica, se efectiviza este derecho respecto a su defendida.

Asimismo, hace referencia a la audiencia mantenida en autos con la ....., en donde nos fue manifestado la forma en que se conocieron, los actores con ella, quienes integran su familia, los recaudos que adoptó antes de aceptar gestar para ellos, y el goce que le produce el estado de embarazo, y la claridad con la que expuso que siempre supo que solo deseaba la gestación para cumplir con el deseo de sus conocidos, pero que no lo hacía con la intención de ser madre, para la crianza de un nuevo niño.

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí reseñado, la Magistrada representante de la niña, requiere que en la inscripción de nacimiento de ..... prevalezca el principio de veracidad material, y en consecuencia, se ordene la inscripción del nacimiento de su representada como hija de los actores.

4) A fs. 88 luce el acta de la audiencia en la que fue escuchada la Sra. ..... brindando las explicaciones que le fueron requeridas, tanto por el Sr. Defensor de Menores, el Sr. Agente Fiscal como del suscripto.

Considerando: I. Conforme surge de lo dispuesto por el art. 242 del Cód. Civil y lo establecido por la ley 24.540 respecto al Régimen de Identificación de Recién Nacido modificada por la ley 24.884, la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidaddel nacido.

Efectivamente la doctrina tiene señalado: prever la determinación de la maternidad de modo positivo, resulta directa e inmediatamente del nacimiento:

Demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por lo tanto, coincide con la biológica, sin precisar más requisitos (ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de familia t. II 4 ed. Actual y ampli., edit. Astrea, 2001). En este mismo sentido afirma Borda:"Para tener por establecida la maternidad, basta, por lo tanto, con el certificado médico o de obstétrica del que resulte haber atendido a la mujer en el parto, con la prueba de la identidad y la ficha de identificación del recién nacido (BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil-Familia 10 edición Tomo II p. 9 edit. La Ley 2008).

Ahora, si bien es cierto, como señala el Sr. Fiscal, que en el caso en estudio nos encontramos ante un vacío legal, no es menos cierto que el Cód. Civil y Comercial (ley n° 26.449), recientemente sancionado y que entrará en

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

vigencia en pocos días más, prevé conforme surge del art. 558 del mismo que la "filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción", en función de ello considero, que corresponderá ponderar este nuevo ordenamiento legal a fin de resolver los presentes.

Las nueva normativa que regirá los derechos civiles de las conciudadanos, incorpora una tercera fuente de filiación. Además de por la naturaleza o también denominada biológica y la filiación adoptiva, se agrega como tercera fuente filial; las técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido Lorenzetti afirma que la filiación tripartita es una de las grandes modificaciones que introduce el Cód., de conformidad con el indiscutible desarrollo de la ciencia médica y su práctica, que permiten que en el mundo como en el país nazcan un alto número de niños por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Cuando resume las disposiciones del art. 560 del CCyC, afirma que el código otorga un papel central en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida a la "voluntad procreacional", debidamente exteriorizada mediante el consentimiento previo, informado y libre ("Cód. Civil y Comercial de la Nación-Comentado", LORENZETTI, Ricardo L., Director, T. III arts. 446 a 593, p. 492/493. Edit. Rubinzal Culzoni, 2015).

Los avances médicos y el desarrollo de nuevas tecnologías no encuentran a la fecha una solución jurídica a la cuestión, como la que nos ocupa, dado que no se encuentra legislada la maternidad subrogada. En función de todo lo hasta aquí reseñado, entiendo, a la luz de las precitadas normas correspondería entonces estar, a lo que surge del convenio de "voluntad procreacional" el cual, en el caso de autos se denominó Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada que luce a fs. 14/16 y el estudio de ADN de fs. 24/30 acompañado el cual no fuera impugnado por las partes.

Asimismo, una interpretación acorde con el avance de la ciencia médica, es el requerimiento de que a la prueba del nacimiento se agregue la de la identidad del nacido, entendida ésta, no solo como una identificación plantal, sino comprendiendo, del mismo modo, su origen biológico.

II. Dicho ello, vemos que de la historia clínica acompañada en copia la Sra. ..... ha sufrido una histerectomía por parto en octubre de 2007 (ver copia de historia clínica de la paciente .....obrante a fs. 33 vta.), con lo cual tendré por acreditado los extremos invocados en la presente acción, de imposibilidad de volver a ser madre, por parte de ella.

Con el acuerdo acompañado a fs. 14/18, se acredita haber dado cumplimiento con el consentimiento informado a la Sra. ....., cuyas firmas fueron certificadas por escribano.

Atento lo hasta aquí reseñado, y lo requerido tanto por los actores, la madre gestante y los Ministerios Públicos, de que la niña sea inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como hija de sus padres biológicos es la cuestión a decidir o thema decidendum.

III. Desde hace décadas la doctrina nacional ha reconocido la existencia de los derechos personalísimos -entre los que se encuentra la identidad- sino también su fundamento constitucional.

El nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación ha subsanado la omisión en la regulación civil, y al referirse a estos derechos les asigna a cada uno un ámbito propio, tratándose de uno de los aspectos en que no puede sino valorarse positivamente la reforma. Era ya la opinión de Bidart Campos, antes incluso de la reforma constitucional, para quien la dignidad humana comprende o participa en los demás derechos en cuanto todos los derechos humanos remiten a la dignidad personal, por lo que el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los derechos en mayor o menor medida, según el contenido y su índole.

Para Colautti, la dignidad es un presupuesto de todos los demás derechos, sin perjuicio de reconocerle autonomía, en tanto que para Sagüés la ubica en el derecho a la condición humana, junto con los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud, al nombre, a la nacionalidad y a la propia imagen.

En efecto, a partir de 1994, la Corte Suprema ha hecho referencia en numerosas ocasiones a la dignidad de la

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

persona humana, en relación con materias tan diversas como cuestiones relativas al derecho laboral, al derecho penal, al interés superior del niño, etc., lo cual resulta coherente con el fuerte impacto producido en nuestro derecho constitucional a partir de la incorporación del derecho convencional.

Asimismo, ha sostenido que el fundamento definitivo de los derechos humanos es la dignidad de la persona, haciendo referencia a la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque constitucional, "máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y el orden internacional adoptado", por lo que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida la persona humana. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- "su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye un valor fundamental. Con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".

La identidad se configura, por un lado, con elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros pueden ser recónditos como la clave genética o visibles como nuestro sexo o contorno físico; los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica, se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento; así, por ejemplo, las ideas religiosas, las concepciones políticas y el perfil psicológico. En general, los autores coinciden -con diversos matices- en que el contenido del derecho a la identidad tiene ambos aspectos, refiriendo el estático al origen genético de la persona, a sus rasgos físicos y biológicos.

La Convención de los Derechos del Niño pone especial énfasis en resaltar el derecho a la identidad receptándolo en diversos artículos para acentuar los aspectos que la integran: los derechos a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos (Art. 7), al nombre y a la nacionalidad (Art. 8), a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos y sin revisión judicial previa en casos de maltrato o descuido o por separación de los padres y a mantener relaciones personales con el padre del que esté separado y contacto directo con ambos (Art. 9 y 10), a ubicar a los padres en caso de niños refugiados (Art. 22), a la identidad familiar (Art. 16), al respeto a las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma, religión y valores morales y nacionales (Art. 20, Art. 29, c) y a la identidad étnica, religiosa y lingüística (Art. 30).

Muchos de estos aspectos pueden ser lesionados por el desconocimiento de uno de los elementos estáticos configurativos de la identidad, cual es el origen biológico genético de la persona. La carga genética acompaña al sujeto por toda su vida aún en el caso de atribuírsele una filiación que no coincida con dicha herencia. Las facetas dinámica y estática, "forman un todo indisoluble, que no es posible desmembrar sin vulnerar el derecho de la persona a elegir cómo vivir su vida, dado que ambos aspectos del derecho a la identidad se encuentran interconectados" (Barruti, Rodolfo C."Tensión entre derechos constitucionales Identidad vs. Intimidad (elDial.com - DC15F4) Publicado el 09/06/2011, citado en un completo trabajo de Escudero de Quintana, Beatriz El derecho a la identidad y la fertilización asistida -Comentario al fallo "C., E. M. y Otros c. M. Salud s/ Amparo Ley 16.986" de la CNACAF- Citar: elDial.com - DC1D28 Publicado el 18/07/2014).

Por otra parte, el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061 ("Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes"), que establece en su artículo 11 que los niños "...tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres".

En síntesis de este derecho a la dignidad, derivan derechos como la intimidad, la imagen, el honor y la identidad, que en definitiva protegen su realización.

Para hacer lugar a lo requerido con la acción en estudio, debemos remarcar y tener fundamentalmente presente, este derecho de ..... es decir su "derecho a la identidad" como un derecho personalísimo de está, a fin de lograr su protección jurídica.

En tal tesitura, considero que resulta de trascendental importancia el derecho de toda persona a conocer su

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

identidad, como un derecho de los no enumerados a que se refiere el art. 33 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que deberemos hacer valer, a fin de resolver el presente caso.

La doctrina nos enseña que el individuo como ser único e irrepetible, posee el derecho personalísimo a la identidad que como tal es el elemento más importante de construcción de su personalidad, esto significa, en primer lugar la identificación por el Estado, mediante los documentos, partida de nacimiento e identificación adosada al documento del padre o la madre y luego el propio; en segundo lugar, la pertenencia a una determinada familia, lo que denominamos el estado de familia (GHERSI, Carlos A., (director), "Pruebas de ADN. Genoma Humano", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 2006, p. 51) entre otros tantos.

Refiriéndose a ellos el italiano Paolo Makry, nos enseña que la familia -además de ser un conjunto poblacional- es donde se estructura psicológica y socialmente el individuo y donde funciones e identidades emotivas encuentran su escenario primitivo y se diferencian según sexo, la edad, el grado de parentesco" (MAKRY, Paolo. "La sociedad contemporánea. Una introducción Histórica", Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 89, Cap. IV, "La historia de la familia. Entre sociedad y cultura").

También Marisa Herrera, citando a Robert Alexy, considera como ineludible la realización del "balancing test" de los derechos involucrados, analizándolos y sopesándolos a fin de dar una adecuada respuesta jurisdiccional a los conflictos que se susciten específicamente en materia de familia (Herrera, Marisa. "El derecho a la identidad en la adopción", Universidad, 2007).

De las pruebas acompañadas vemos que el estudio de ADN, coloca sin duda alguna a ....., en la familia conformada por ..... .

En el acuerdo acompañado como "Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada" de fs. 14/18, vemos que la Sra. ....., acepto, la implantación del embrión, para su posterior gestación en su cuerpo, pero no asumiendo que el niño que fuera a dar a luz, como hijo.

En su presentación inicial afirman que en función del deseo señalado por ....., de que sus amigos ....., cumplan con el deseo de volver a ser padres, acepto o considero posible llevar a cabo la gestación del hijo de sus amigos.

Ello en función de que "Maternidad Subrogada"; como lo ha dicho la doctrinaria Dra. Eleonora Lamm, quien 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 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).

Ante el hecho consumado, el nacimiento de ..... y la falta de legislación vigente, considero que es un "deber" del juzgador -en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura- permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes.

A todo lo hasta aquí reseñado, debo solicitar a los involucrados en las presentes actuaciones, es decir a los actores y la Sra. ....., una nueva mirada a las hijas de ésta última, y en su caso, de que puedan contar con apoyo profesional, dado que no sabemos cómo han repercutido las circunstancias de ver a su madre embarazada y no tener luego a un hermanito, ni que información le fuera suministrada a ....., sucesos estos, que dejan en el ánimo del suscripto una considerable inquietud, sin perjuicio de señalar que la misma no podrá ser develada antes del dictado de la presente ya que cualquier conducta que al respecto adopte, sólo podrá interpretarse como una injerencia judicial, más allá de mis facultades, de ahí mi pedido a los involucrados.

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

Señalo esta circunstancia además, por ser la Sra. ..... quien nos remarcó, la preocupación que sus hijas habían sentido con relación a su embarazo, y la suerte del mismo en oportunidad de la entrevista que mantuvimos los magistrados actuantes.

Por todo lo expuesto ante el nacimiento de la niña, ..., la felicidad demostrada por ....., en oportunidad de la audiencia y cuando me presentó a su hija, que ella ha sido cobijada en una familia, desde el momento mismo de su nacimiento integrada por sus padres biológicos y también por su hermano ....., todo lo cual me lleva a aplicar al caso de autos las disposiciones del art. 17 punto 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 2 de la Convención sobre los derechos del Niño, accediendo entonces, la inscripción peticionada.

En efecto, planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, y los Ministerios, el estudio de ADN de la niña y los actores, que surgen como padres biológicos 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.

Así las cosas, entiendo 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.

Por todo lo expuesto y normas legales citadas, resuelvo: 1) Disponer la inscripción del nacimiento de ....., ocurrido en esta ciudad el día ..... de agosto de 2014 como hija de ..... 2) En consecuencia, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a tal fin. 3) Disponer la retroactividad del ejercicio de la patria potestad al momento de la concepción de ..... de la pareja ..... 4) Las costas se imponen en el orden causado, atento la falta de contradicción (art. 68 y 69 del Cód. Procesal). 5) Imponer a los padres determinados en la presente, la obligación de hacerle saber a su hija ..... sobre la manera en que fue concebida. 6) Regulo los honorarios de la Dra. ..... 7) Regístrese. Notifíquese a las partes y Ministerios y oportunamente archívese.— Gustavo E. Noya.

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