

L., M. de los Á. y P., A. M. J. S/ Medida Autosatisfactiva (000384/2016)

Puerto Madryn, agosto 18 de 2016.

VISTOS:

Los autos caratulados %a, M. de los Á. y P., A. M. J. S/ Medida Autosatisfactiva+ (000384/2016), y el llamado de autos de fs. 71 para dictar sentencia;

RESULTA:

Que a fs. 02/31 se presentan las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P., por su propio derecho y en representación de la niña Á. M. L. con el patrocinio letrado de la abogada M. B. M., solicitando se declare la cuestión de puro derecho, se ordene el aditamento del segundo apellido P. a la niña, el que corresponde a su madre Sra. A. M. J. P., y que ello suceda con carácter de pronto despacho, por cuanto por el problema de salud de la pequeña deben viajar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y sólo una de las progenitoras cuenta con la autorización de su empleadora para trasladarse con la niña.

Que refieren que conviven desde el mes de abril del año 2011, y que en el año 2014 se sometieron a un tratamiento de fertilización asistida por ser pareja del mismo sexo, y que luego del tercer intento, con el material genético de la Sra. L. y material genético masculino de donante anónimo del banco de semen CRYOBANK de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, concibieron en el mes de abril del año 2015 a su hija Á. M., nacida el día 08 de enero del año 2016, quien padece ciertos problemas de salud, con sospecha de síndrome genético.

Que indican que luego de ello, y ya estando en vigencia la Ley 26.994 - nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, pretendieron inscribir a su hija con la filiación de ambas en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn, lo que fue rechazado de manera verbal, por lo que procedieron a efectuar el reclamo por escrito el 22.Ene.2016, para que por vía de excepción se proceda a la inscripción a nombre de las dos madres.

Que manifiestan que a pesar de ello, por razones de fuerza mayor, ante los problemas de salud de Á., aceptaron en disconformidad a inscribirla como hija de madre soltera de la Sra. L..

Que sostienen que luego, el día 21 de abril del año 2016, en respuesta a su reclamo expreso, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas se expidió mediante Resolución N° 367/2016 rechazando la inscripción con doble apellido, con argumentos que no se encontraban cumplidos los requisitos exigidos por la Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618. Y además le indicaron que ante esa resolución, les asistía la vía judicial.

Que señalan que en fecha 22 de abril del año 2016 contrajeron matrimonio.

Que insisten en contar con carácter de urgente el aditamento del apellido P., para proceder a solicitar la licencia por enfermedad familiar, ante la urgente necesidad de viajar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para realizar los estudios a Á. M., por su patología. Fundan en derecho. Ofrecen prueba Documental. Hacen reserva del Caso Federal.

Que conforme fs. 32 se advierten dos cuestiones planteadas en la demanda: el aditamento de apellido P. a la niña, respecto de lo cual se consideró que la demanda debía ser enderezada en tal sentido en los términos del CCyC, y la solicitud de autorización de licencia por enfermedad de familiar a la Sra. P., lo cual dispuesto de manera cautelar en dicha providencia, y además se da intervención al Ministerio Pupilar, art. 103 del CCyC.

Que a fs. 34/39 la Sra. Asesora de Familia M. A. M. junto a la abogada de dicho Ministerio, H. M. S., se presentan tomando la intervención que les correspondía -art. 103 del CCyC- asumiendo la representación complementaria de Á. M. L..

Que en tal carácter solicitan enderezar la demanda instaurada por las accionantes, velando por el derecho a la identidad de la niña, requieren que se le dé el trámite de medida autosatisfactiva, y se ordene oportunamente al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas tomar razón del doble vínculo filial de Á. M. quien debe ser inscripta como hija de las Sras. P. y L..

Que entienden que resulta evidente el interés de las Sras. P. y L. de ser emplazadas filialmente ambas como progenitoras de la niña, y ésto hace al derecho a la identidad de la pequeña y a la igualdad, siendo derechos que guardan relación con la dignidad humana, y que ello va más allá de que si las Sras. P. y L. estén unidas o no en matrimonio, y que si se debe analizar la posibilidad de un apellido compuesto o no.

Que insisten en que el tema es una cuestión de filiación de una beba, fruto de una pareja del mismo sexo femenino, que decidieron tener un hijo/a recurriendo a las técnicas de reproducción humana asistida, utilizando el material genético de una de ellas y material genético masculino de un donante anónimo, todo ello, dentro del espacio normativo del derogado Código Civil, que por ello mal se le puede exigir la voluntad procreacional expresa, ni que ello resulte ser un obstáculo que impida dar certeza respecto a la identidad de la niña.

Que deslizan que la temática se debe analizar a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, resaltando que la Sra. P. ha estado presente en todos los actos previo a la inseminación y durante el proceso como pareja de la Sra. L., pero no ha exteriorizado ninguna voluntad procreacional, porque no era exigible.

Que ponderan en que dicha voluntad procreacional pudo ser tomada en el Registro Civil al momento de la inscripción mediante declaración jurada, a fin de anotar a Á. M. con doble vínculo filial. Y que al no haberse hecho ello, se colocó a la niña en pie de desigualdad entre los niños gestados por las TRHA luego de la sanción y entrada en vigencia del CCyC, y en desigualdad también frente a los nacidos antes de la entrada en vigencia del nuevo CCyC, cuyos progenitores prestaron el consentimiento libre previo e informado, donde resulta de aplicación la cláusula tercera del art. 9 de la Ley 26.994, que reconoce como antecedente normativo el Decreto 1006/12. Citan jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *ATALA RIFFO vs. CHILE*, referido a todo acto, norma o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas.

Que requieren, como medidas complementarias; que se ordene al Registro Civil de las Personas la correspondiente partida de nacimiento, eliminando toda

referencia al sexo de las progenitoras; el libramiento de oficios al laboratorio y banco privado CRYOBANK y al Dr. T., a fin de que previa certificación de la inseminación practicada a la Sra. L. se mande a formar un legajo complementario a la inscripción del nacimiento de M. (art. 563 y 564 del CCyC.), y a la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Rawson a los fines de hacerle saber qué deberán adecuar los procedimientos administrativos y normas internas a casos análogos para evitar la judicialización innecesaria y que deberán eliminar los términos utilizados en los libros de nacimiento %padre y %madre+adecuándolos a una terminología que no resulte discriminatoria, basada en la orientación sexual de las personas. Hacen reserva del Caso Federal y acompañan documental.

Que a fs. 40 de la petición del Ministerio Pupilar se dispone correr traslado a las accionantes, quienes a fs. 43/44 manifiestan su adhesión a todos los argumentos expuestos por la Asesoría de Familia.

Que a fs. 45 se dispone enderezar la acción como medida autosatisfactiva y se ordena correr traslado de la misma a la Provincia del Chubut -Registro del Estado y Capacidad de las Personas- con intervención a la Fiscalía del Estado art. 215 de la Constitución de la provincia del Chubut.

Que a fs. 51/53 se presenta el abogado S. R. S., en el carácter de apoderado de la Fiscalía de Estado de la provincia del Chubut, solicita la suspensión de los plazos para contestar la demanda y la fijación de una audiencia de conciliación.

Que a fs. 54 se hace lugar a lo requerido y se celebra la audiencia, conforme constancia de fs. 58, no habiéndose logrado un acuerdo consensuado entre las partes, ya que la parte demandada ofrecía acceder a la anotación marginal en el acta de nacimiento de la filiación de Á. M. por parte de la Sra. P.

Que a fs. 59/60 obra la contestación de la demanda de la provincia del Chubut.

Que por imperativo procesal niega todos los hechos que no son expresamente reconocidos. Indica que la parte actora solicitó luego del nacimiento

de Á. M. la inscripción de la niña con doble apellido, lo que fue rechazado por el Registro Civil N° 2 de esta ciudad.

Que indica que existe un orden público que debe ser respetado, y que en ningún momento las actoras presentaron ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas el consentimiento previo del art. 566 del CCyC, por lo que desde ese momento no existe vínculo legal alguno.

Que señala que la filiación de la niña ha quedado encuadrada y determinada por la vía del reconocimiento, puesto que las peticionantes se casaron tiempo después de haber nacido la niña.

Que puntualiza que el art. 562 del CCyC da una serie de formalidades, y define concretamente al voluntad procreacional, por lo que la filiación derivada de las TRHA se encuentran bajo los cánones de la misma, entendida como el consentimiento previo, libre e informado y considerada como fuente generadora y concluyente de la filiación legal, y que sin ella no podría realizarse ninguna transferencia para que pueda nacer un niño, y menos la inscripción registral.

Que concluye en que la petición de las Sras. P. y L. solo podría tener lugar con una anotación marginal en el acta de nacimiento de la niña, pero no podrá proporcionarse una nueva acta.

Que por último acota en que el pedido de licencia por enfermedad por familiar que pudiese requerir la Sra. P., debió ser peticionado declarando a la niña como familiar a cargo de la nombrada, no siendo necesario el reclamo de la adhesión del doble apellido. Ofrece prueba documental. Hace planteo de la Reserva del Caso Federal.

Que a fs. 62 atento el estado y constancia de autos, previo a resolver se dispone correr vista a la Asesoría de Familia, la que es evacuada a fs. 63 sosteniendo que corresponde otorgar una nueva partida de nacimiento de la niña, consignándose la doble filiación legal a su identidad.

Que a fs. 64 como medida para mejor proveer se dispone la citación del Dr. W. T. para prestar declaración testimonial, obrando constancia de la audiencia a fs. 67/68, y se corre nueva vista al Ministerio Pupilar la que es evacuada a fs. 70.

Que a fs. 71 se pasan los autos para dictar sentencia.

## CONSIDERANDO:

Del análisis de las constancias de autos, de las pruebas aportadas, de los hechos alegados y reconocidos, se tiene por acreditado, sin necesidad de considerarlos como hechos controvertidos; **1°**) la concepción de la niña Á. M. L., mediante la inseminación por Técnica de Reproducción Asistida, en fecha 24 de abril de 2015, con material genético masculino anónimo y material genético femenino de la Sra. L., siendo ella además la madre gestante (doc. fs. 14, 15/16 en copias certificadas por la Jefa del Departamento de Archivo de la Dirección General del Registro Civil) y declaración testimonial de fs. 67); **2°**) la inscripción del nacimiento de Á. M. L., DNI N° XXXXXX nacida el día 08 de enero de 2016 como hija de la Sra. M. de los Á. L. DNI N° XXXXXX (doc. fs. 05); **3°**) la petición de las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P. ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia del Chubut, para que la niña sea inscripta a nombre de las dos madres, atento ser pareja del mismo sexo.(fs. 12); **4°**) el rechazo en fecha 21 de abril de 2016 mediante Resolución N° 367/2016 DGRC de la inscripción de la niña Á. M. L. con el doble apellido de las reclamantes por no encontrarse cumplidos los requisitos exigidos por la Ley N° 26.618 vigentes en materia de matrimonio igualitario, y **5°**) el matrimonio celebrado entre las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P., el día 22 de abril de 2016 en la ciudad de Puerto Madryn (doc. 06, y hecho reconocido por la demandada a fs. 60 primer párrafo).

Es así que el centro del debate y la traba de la litis, luego del enderezamiento de la acción que efectuó Ministerio Pupliar, se circunscribe a si corresponde la inscripción de la niña Á. M. L. con doble filiación materna, y dentro del marco de qué procedimiento normativo debe encuadrarse.

Á. M. ha sido concebida por la Técnica de Reproducción Asistida, de baja complejidad con gameto masculino anónimo obtenido de un Banco de Semen y con gameto femenino de la Sra. L. quien a su vez fue gestante de la niña (fs. 15/16). La inseminación se produjo el día 24 de abril del año 2015 (doc. fs.14), por ende al amparo del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Mas el nacimiento de Á. M. ocurrió el día 08 de enero del año 2016 en la clínica Santa M. de la ciudad de Puerto Madryn (doc. 14) estando ya en vigencia desde el 01.08.2015 el nuevo CCyC, sancionado por Ley 26.994. En consecuencia, el trámite administrativo efectuado por las actoras ante al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para obtener la doble filiación de la niña, se encontraba temporalmente bajo la órbita de la nueva normativa, que reconoce como una fuente de la filiación, la proveniente de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Así el art. 7 de dicho cuerpo normativo dispone % A partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentesõ +(sic).

Sobre el particular la jurista Aída KEMELMAJER de CARLUCCI en su obra %a aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes%oEditores Rubinzal Culzoni en la pág.19 dice: % El problema aparece cuando un cambio legislativo se presenta durante la vida de esos hechos, relaciones o situaciones, o sea entre que nacen y se extinguen. En tal caso, ese cambio legislativo trae aparejada una colisión o conflicto de normas en el tiempo y es necesario decidir qué norma ha de aplicarse. En abstracto, en general, a favor de la ley nueva podría afirmarse (i) si toda ley nueva deroga la anterior en cuanto es incompatible, parece lógico que la vieja deja de estar vigente en el mismo instante en que la nueva entra en vigor; (ii) el fundamento último del principio de la modernidad radica en que la norma posterior deroga la anterior porque, de otro modo, no cabría la evolución del ordenamiento jurídico: (iii) %l ritmo vertiginoso de los cambios sociales económicos atenúan la importancia de la llamada intangibilidad del pasado; (iv) la intrusión del legislador en la esfera contractual es hoy tan corriente que el tema parece casi banal. En pro del mantenimiento de la ley anterior, en cambio, se afirma que, en determinados casos, es el único modo de salvar un valor trascendente cual es la seguridad jurídicaõ +(sic).

Con respecto a las filiaciones por técnicas de reproducción humana asistida, la misma autora en la obra citada en las pág. 142 y 143 refiere: % El CCyC incorporó un tercer tipo de filiación; la filiación por reproducción humana

asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional. La Ley 26.994 dispuso en su artículo 9º, clausula tercera: Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnica 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 quien no figura en dicha acta. Esta norma claramente, da efecto retroactivo al CCyC en este tipo de filiación. El artículo era necesario porque la filiación por voluntad procreacional es una figura que nace normativamente con la entrada en vigencia del CCyC. Aunque haya sido admitida en algún caso jurisprudencial, lo cierto es que no estaban reguladas... Ahora bien, el artículo transcrito ubicado entre las normas transitorias da efecto retroactivo a la determinación de la filiación; en consecuencia, si dos personas concurren a inscribir un niño nacido antes de la entrada en vigencia del CCyC. (p ej, una pareja integrada por dos personas lesbianas) y sostienen que es hijo de ambas, deben cumplir con los recaudos previstos en los artículos 560 y 561º. Por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal, es de aplicación inmediata el art. 577. El derecho a la información previsto en el art. 564 es claramente de aplicación inmediata, por ser una consecuencia de la situación creada con la filiación; por lo tanto se aplica a todas las personas nacidas bajo estas técnicas antes y después de la entrada en vigencia del CCyC (sic).

Es por lo expuesto que la cuestión a fallar será resuelta al amparo del nuevo Código Civil y Comercial, pues el nacimiento de Á. M. se produjo en el mes de enero de 2016. Con la particularidad de que estamos frente a una técnica de reproducción de las denominadas heterólogas, por lo que corresponde analizar con mucho rigorismo la cláusula transitoria.

Vale expresarme respecto de que mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) desde largo tiempo, cantidades de parejas casados o no casadas, heterosexuales u homosexuales o personas solas, han



podido cumplir con el anhelo de tener hijos/as, de ser padres o madres y de formar su familia. Y ante el nacimiento de niños/as por el uso de dichas técnicas, una realidad que no podía desconocerse, ni quedar vacía de legislación, se había advertido que el vínculo filiatorio que emergía con los niños/as nacidos bajo esas técnicas merecía estar regulado legalmente. De allí la procedencia en cuanto a la innovación de la reglamentación al respecto en el CCyC.

En el caso de las Sras. L. y P., siendo una pareja homosexual, convivientes al momento de la concepción y nacimiento de Á., y casadas cuando la niña contaba con tres meses de vida, el hecho de haber recurrido y tomado la decisión de tener un hijo a través de la Técnica de Reproducción Humana Asistida -TRHA-, bajo la modalidad heteróloga, -material genético de una ellas, quién además la gestó, y material genético masculino anónimo-, ha permitido que la niña tenga relación genética solo con una de ellas. Pero ello, no es obstáculo para que el vínculo filiatorio pudiera abarcar a ambas progenitoras.

Es así que el art. 558 del CCyC define las especies de filiación, clasificándolas por naturaleza, por adopción, y agregando a las que tiene origen en las técnicas de reproducción asistida, reconociendo que todas esas filiaciones- en el caso de la adopción solo la plena-, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del CCyC, y con el límite de que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Tras esta breve introducción, me adentraré en el análisis legal del planteo a resolver. Vale indicar puntualmente, que en el caso de la filiación por TRHA, lo relevante para determinar la filiación, es la voluntad procreacional que tienen quienes utilizan estas técnicas, ya que en algunos caso queda dissociada la realidad biológica y el vínculo jurídico que se pretende, por lo que será la voluntad procreacional la verdadera razón por la que se establece el vínculo de filiación.

Esa voluntad procreacional está configurada por el hecho de querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, psicofísica y social, es el deseo de tener un hijo basado en el amor filial.

El art. 562 del CCyC, puntualmente la prevé al decir; %los nacidos por las 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 en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien o quienes haya aportado los gametos+

La doctrina además expuso; % 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 ello. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quien o quienes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. En otras palabras el vínculo filial se establecerá respecto del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, el que además debe ser debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Entonces la voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante un consentimiento previo, informado, libre y formal, tal como lo expresa el artículo 560. Todas las personas que pretenden ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa. Este consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA + (Tratado de Derecho de Familia Tomo II Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Nora LLOVERAS, Rubinzal Culzoni Editores, Edición 2014 pág.508/509).

Ahora bien, este requisito fuente de la filiación por las TRHA, surge a partir del 01.08.2015, y recordemos que la inseminación se realizó el día 24.abril.2015 (doc.14), mal podría entonces pretendérseles a las Sras. P. y L. que hayan dado cumplimiento con la exigencia del mismo para inscribir a la niña con doble filiación.

Sin perjuicio de ello, véase que de manera inapropiada y fuera de todo contexto legal, desde el Registro del Estado y Capacidad de las Personas en fecha 21 de abril del año 2016 -Resolución N° 367/2016-, tres meses después del

nacimiento de la niña, y nueve meses después de la entrada en vigencia de la Ley 26.994, le negaron la inscripción con la doble filiación a la pequeña, con los argumentos de no encontrarse cumplidos los requisitos de la Ley de Matrimonio Igualitario -Ley 26.618-, ello a todas luces poco protectorio de los derechos de la niña en cuanto a su identidad y a estar debidamente inscrita con su verdadera filiación de manera inmediata al nacer.

Es así que se advierte, que han desconocido la normativa vigente del art. 558 del CCyC, que incorporó un reconocimiento legal a las personas del mismo sexo casadas o unidas convivencialmente a tener descendencia, no existe distinción, ni tampoco, ni más ni menos derechos, si hay matrimonio de por medio, o no. % La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este Código (art. 558)

Vale resaltar que las Sras. P. y L. después de que se produjo el nacimiento de la niña, y en el andamio del reclamo administrativo, el día posterior del dictado de la Resolución 367/2016, contrajeron matrimonio (ver. doc. fs. 06).

Nada más inconstitucional y discriminatoria ha sido la posición del Registro al encuadrar el rechazo en la Ley de Matrimonio Igualitario. En tal caso, limitándose a la letra de la nueva normativa vigente en materia de filiación por las TRHA, tal vez podrían haber argumentado, lo que es factible también de cuestionamiento, el rechazo ante la falta de la manifestación expresa de la voluntad procreacional.

Insisto, resaltando en que Á. M. es una niña nacida en el marco de una pareja de mujeres, por entonces, no casadas, porque una de ellas (Sra. L.) se sometió a la TRHA, además de ser la gestante, y fue la única que firmó el consentimiento informado (doc. fs. 15/16 ), lo único que se exigía en aquel entonces, pues al ser además por una técnica heteróloga -con material genético masculino de un tercero, anónimo- la Sra. P., como no tuvo participación -no aportó sus óvulos ni fue la gestante-, no tuvo que suscribir nada, pues no tenía obligación alguna de exteriorizar el consentimiento informado. Pero tampoco,

dicha circunstancia -la falta de consentimiento informado-, no puede ser un obstáculo insalvable para generar vínculo filial entre la niña y su otra madre.

Bajo ningún parámetro ni norma puede admitirse como válido y fundado el rechazo sobre la base de que la petición no encuadraba dentro de la Ley de Matrimonio Igualitario. Llama la atención que habiendo sido convivientes las Sras. P. y L. desde el año 2011, que se hubieran sometido al tratamiento de inseminación en el año 2014, concebido en el año 2015, y habiendo nacido Á. en el mes de enero del año 2016, se le negara verbalmente en el Registro la inscripción del nacimiento con doble filiación y de manera expresa el 21 de abril del año 2016, hayan optado por contraer matrimonio el 22 de abril del mismo año. Añoro que dicha decisión sea en razón de la formalización de su relación, de la existencia de amor, y con el objeto de formar su familia matrimonial, y no por haber sido llevadas a confusión creyendo que ante el relevante y personalísimo acto del matrimonio que celebraron, de esa manera garantizaban el derecho a la filiación a Á. M..

Preocupa además la postura del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en razón a lo recientemente expuesto y a que hubieran impulsado a las peticionantes de manera expresa al reclamo jurisdiccional.

La situación puntual de autos, con las disposiciones del CCyC, pudo ser resuelta de manera administrativa, mediante declaración jurada e incorporación de los elementos probatorios necesarios ante el Registro Civil, para luego proceder a la formación del correspondiente legajo art. 563 del CCyC., y de esa manera garantizar de manera oficiosa la verdadera filiación de Á..

No puede desconocerse que desde la entrada en vigencia del CCyC. iban a ocurrir conflictos y/o diferentes planteos predecibles, o no, derivados de la TRHA, por los niños/niñas gestados en el marco legal del Código Civil de Vélez Sarsfield, y nacidos con posterioridad, que no regulaba este tipo de filiación, y menos en el caso de parejas o matrimonios homosexuales. Pero ello fue previsto por los redactores de la nueva normativa de fondo al introducir la cláusula transitoria en la materia que implica una excepción a la irretroactividad de la ley- art. 9 norma tercera de la ley 26.994 que corresponde al capítulo 2 Título V del Libro Segundo

del CCyC-, que establece que los nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC 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 ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo contara vinculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la madre o del padre que no figura en dicha acta.õ +

Si bien ésto último no alcanzaba para contemplar la situación de Á., ya que no existe consentimiento previo, informado y libre de la Sra. P., en el ámbito administrativo se podría haber reparado y/o convertido la exigencia del consentimiento previo en la demostración de una verdadera voluntad procreacional.

Es que ese consentimiento previo estaba en un principio pensado como exigencia para aprobar la práctica médica, y encuadrado dentro de la Ley de los Derechos de los Pacientes N° 26.569 era obligatorio en toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, público y privado y es definido como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o sus representantes legales, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, la información clara, precisa y adecuada respecto a su estado de salud, procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, los riesgos, molestias, y efectos adversos posibles, procedimientos alternativos con sus riesgos, beneficios y perjuicios y las consecuencias de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. Además se estatuye su instrumentación por escrito para los supuestos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y los que impliquen riesgos (arts. 6,5 y 7)

Pero con la sanción del CCyC. ello debió reacomodarse, ya que desde la realización de la practica TRHA se da inicio a un vínculo filial, por lo que resultaba necesario extender ese consentimiento a una manifestación de una ~~%~~voluntad procreacional+, que contenga una gran información tendiente a conocer los derechos de las personas sometidos a las prácticas, sean convivientes o

matrimonios, independientemente de las practicas homólogas o heteólogas, y en especial además de los derechos del hijo que nazca.

Lo que ocurre con la filiación por TRHA es que el dato genético deja de ser un elemento determinante para la creación del vínculo entre una persona y del niño nacido, y que lo vinculante es la existencia de elemento volitivo, la denominada voluntad procreacional, la voluntad de formar una familia a través de esa técnica.

Dado que tampoco las Sras. P. y L. se encontraban obligadas a esa manifestación de la voluntad procreacional, desde la faz administrativa, ya que la práctica de inseminación comenzó antes de la Ley 26.994, insisto en que le hubiese bastado a los operadores del Registro del Estado y Capacidad de las Personas, antes de confeccionar y suscribir la Resolución 367/2016 DGCR, conocer bien lo que dice el Código Civil y Comercial que sigue la legislación más moderna en el campo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en donde en ninguna mínima norma limita la determinación de la filiación de ningún niño/niña nacido por TRHA, sea con material genético de tercero o propio, y ello porque siempre por el principio constitucional convencional básico y elemental de la igualdad, Á. M., pudo perfectamente ser inscripta como hija de ambas progenitoras; a través de la presentación del consentimiento de la Sra. L. y además porque también fue quien dio a luz, y mediante una declaración jurada y pruebas relevantes que demostraban que efectivamente hubo voluntad procreacional por parte de la Sra. P..

Véase que del propio legajo administrativo del Ministerio de Gobierno (fs. 09/17) referenciado como %Solicitud inscripción de una menor solicitada por las ciudadanas M. de los Á. L. y A. M. J. P. C de Nota N° 37/16. DGRC+, a fs. 05 de dicho legajo/ fs. 14 de estos actuados, la repartición pública contaba con una certificación del especialista en obstetricia Dr. W. Hugo T., quién certificó que %a., M. de los Á. DNI XXXXXX se realizó inseminación artificial de baja complejidad el día 24 de abril de 2015 con semen de donante anónimo el cual fue comprado en el banco de semen CRYOBANK de la ciudad de Buenos Aires. Su pareja P. A. M. J. DNI N XXXXXX concurrió a una consulta inicial y acompañó a L. M. durante la

totalidad del tratamiento como también concurrió a las consultas prenatales. El nacimiento de L. Á. M. tuvo lugar en la clínica Santa M. de la ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de enero de 2016 a las 10:10 hrs en el mismo también estuvo presente la Sra. P. A.õ + (sic).

Ello resulta una documental con suficiente validez probatoria para el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, tal vez aún mejor con el respaldo de una previa certificación ante la autoridad sanitaria, lo que podrían haber requerido para interpretar la voluntad procreacional de la Sra. P., y así reconocer el derecho de la niña a contar con su verdadero registro filiatorio que daba cuenta de su identidad familiar.

También, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, en uso de las facultades que le otorga la Ley de Procedimiento Administrativo, si tenían poca certeza de la existencia de la voluntad procreacional, podrían haber recabado testimonios y/o hacerse de pruebas informativas en el marco del Expediente Administrativo N° 488/206, y evitar el dictado de la Resolución N° 367/2016 DGRC.

Véase que conforme constancias de fs. 67, en declaración testimonial prestada en sede judicial -aunque de igual modo podría haber sido en sede administrativa-, el médico especialista en tocoginecología Dr. T., quien fue el que intervino en el tratamiento de fertilidad de la Sra. L., refirió haber conocido a la Sra. P. como pareja de la Sra. L. y se la presentaron cuando esta última quiso ser madre, a fines del año 2014/2015 - (ver respuestas a las preguntas 1° y 2°).

Además refirió el profesional que a la Sra. P. le cupo la participación de acompañante como pareja de la Sra. L. desde su deseo de ser madre (respuesta a la pregunta 5°), y que más allá de ser acompañante era una proyecto común entre ambas, se va formando una relación entre médico y paciente y uno se va dando cuenta se los deseos de la pareja y además lo manifestaron verbalmente (respuesta a la pregunta 7°).

Y por último atestiguó ante la pregunta del Ministerio Pupilar, que siguió a la Sra. L. durante todo el embarazo y durante los controles prenatales existió

participación de la Sra. P. quien también estuvo presente en el momento del parto, aunque no en el quirófano, porque fue por cesárea.

Ninguna duda cabe que esa voluntad procreacional, exigida por el art 562 del CCyC., fue exteriorizada por la Sra. P.. Reitero que el organismo administrativo también podría haber sido receptor de tal manifestación, sin necesidad de abrir la vía judicial.

La voluntad procreacional es el eje vertebral en materia de determinación de la filiación cuando se trata de la filiación que se deriva de técnicas de reproducción humana asistida, siendo totalmente indiferente quien haya aportado el material genético para el tratamiento en cuestión, pudiendo ser los progenitores, los cuales poseen la voluntad procreacional, y/o un tercero ajeno-donante- el cual nunca tendrá un vínculo jurídico con el nacido. Por lo tanto cuando se trata de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, en la que puede suceder que no coincida en una misma persona el elemento genético, el biológico y el volitivo debiéndose dar preponderancia a este último. Es decir prevaleciendo la maternidad/paternidad consentida y querida, por sobre la genética. El Código entiende en un sentido amplio que la voluntad procreacional es el ánimo o la intención que posee una persona para procrear o, en su caso, para dejar de hacerlo. La voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como sentido dinámico. Así entendida la voluntad procreacional se conjuga con el interés superior del niño recogido por el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y reafirmado en el artículo 3° de la ley 26.061, al encontrar una solución clara y precisa para que los niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida tengan un vínculo filial estable, fundado en dicha identidad volitiva (CODIGO Civil y Comercial de la Nación Ricardo Luis LORENZETTI Editores Rubinzal Culzoni Tomo III, pág. 501/502/503, edición 2015).

Nada de esto parece que para los operadores del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas fuera de aplicación. Ninguna norma imperativa del



CCyC, ni doctrina calificada, ha permitido a los operadores aggiornarse y adecuarse a los nuevos paradigmas, y así tomar distancia y dejar de fundar sus resolución en normas inadecuadas y en contradicción a las normas fuentes previstas en el art. 1 del CCyC. y con la modalidad de interpretación consagradas en el art. 2° del mismo código de fondo.

Es que ante los valores en juego, y frente a la Constitución Nacional, Provincial y Tratados Internacionales - incorporados en la cúspide de la pirámide normativa por imperativo del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna del plexo jurídico reconoce también la Convención de Derechos Humanos, al Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de San José de Costa Rica, entre otros, se permite dar eficacia a los derechos cuestionados, sin debate sobre la fidelidad de los mismos.

El organismo público ha hecho caso omiso también a los parámetros de la Convención Americana que propicia la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afecten la vida privada y familiar, prohibiendo toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada, reconociendo el valor central de la familia tanto para las personas como para la sociedad en general (art. 11 y 17) y la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos han interpretado que el derecho a la protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer, de la más amplia manera, el desarrollo y al fortaleza del núcleo familiar, siendo la posibilidad de procrear, una parte de ese derecho a fundar una familia, respetándose la autonomía reproductiva y permitiéndose el acceso al servicio de salud y tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Y nunca se permitió dudar que las Sras. L. y P. tenían el proyecto de formar una familia, más allá de los requisitos exigibles o no, acreditados o no, y bajo las normas vigentes o las derogadas.

Lo cierto, es que ninguna norma prohibía o sancionaba con la nulidad de pleno derecho o con otro tipo de sanción administrativa o penal la técnica utilizada,

y menos aún cercenarle a la niña, el derecho a la filiación conforme a su unidad familiar.

Hay normativa supralegal que también se pudo haber aplicado desde el ámbito administrativo, tal como 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 re-establecer la identidad, cuando un niño % sea privado de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, y corresponde resaltar que ello no es limitante y solo aplicable a las cuestiones sometidas a la jurisdicción.

% La identidad de origen y la gestacional no tiene 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. 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 o intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. ( G.G.S y J.G.G. s/ filiación -Tribunal Colegiado de Familia Rosario- 27 de mayo 2016).

% El derecho a la identidad es un derecho humano, que cuando involucra a personas menores de edad se encuentra expresamente regulado en los artículos 7°, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos de Niño. Así el derecho a la identidad comprende el derecho de todo niño a estar inmediatamente inscripto ni bien nace y, en consecuencia, a tener vínculo filial; un nombre, una nacionalidad; y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado pro ellos (art. 7°). También a ver preservada su identidad en las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 8°) y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9°). Como se puede observar, el derecho a la identidad nuclea una gran cantidad de otros derechos que ostentan autonomía o entidad

propia + (Tratado de Derecho de Familia, Tomo II Rubinzal Culzoni Editores- Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS, pag. 557 Edición 2014)

Es por todo lo expuesto, que corresponde hacer lugar a la pretensión de las accionantes, en los términos en que la ha enderezado el Ministerio Pupilar, y así tutelar los derechos emergentes de la niña concebida por la voluntad procreacional de las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P., estableciéndose así de manera definitiva los lazos jurídicos con quienes han asumido el compromiso de formar una familia, y de querer asumir el rol de progenitoras, dándole toda la seguridad jurídica que ello conlleva a la familia y particularmente a la niña, lo que de esta manera refleja la verdadera identidad, y no tal como pretendían los representantes del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (fs. 58), dando como solución una anotación marginal+.

Por ello, con fundamento en los arts. 3, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 10,18, 31, 33 75 inc. 22 y cctes de la Constitución Nacional) se ordenará la modificación de los libros de registro correspondientes, como las partidas, actas y/o copias del nacimiento que se expidan.

Ahora bien, el Ministerio Pupilar ha solicitado además medidas complementarias fs. 38 vta., las que guardan relación con las previsiones sobre el Derecho a la Información de las personas nacidas por las Técnicas de Reproducción Asistida. (art. 563 y y 564 CCyC).

Le asiste razón al Ministerio Pupilar al respecto, ya que el CCyC regula el acceso a la información de los hijos nacido por Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuando se utilizaron gametos de un tercero.

Cuando en la práctica se utiliza material genético ajeno de uno de los miembros de la pareja -práctica denominada heteróloga-, como es el caso de autos, surge el derecho de todo niño a conocer sus orígenes genéticos, y desde allí aparece el derecho al resguardo de toda la información a fin de hacerle saber el derecho a saber que ha nacido de reproducción asistida heteróloga para ejercer el derecho a información no identificatoria y, de manera excepcional, información

identificatoria (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado-. Tomo III Editores Rubinzal Culzoni págs. 504/505 edición 2015.)

El art. 563 del CCyC regula puntualmente el derecho de toda persona nacida por TRHA a la información relativa sobre los donantes, para satisfacer su derecho a la identidad. Vale resaltar que para acceder a dicha información, es necesario previamente que deba saber que ha nacido como consecuencia de que se ha recurrido a la TRHA, y ello será dispuesto en el fallo.

Y el art. 564 del CCyC prevé la modalidad del resguardo de la información relativa a los donantes, y el modo -procedimiento- en que dicha información debe ser obtenida, y en qué caso las mismas pueden ser brindadas (información identificatoria o no identificatoria).

Es por ello que se impone la formación de un legajo que deba ser base para la inscripción del nacimiento. Dada las circunstancias de autos, en razón de que la verdadera identidad y vínculo filial de la niña Á. M., será concretada por un fallo judicial, nada impone que las previsiones del art. 563 del CCyC, no sean aplicables al caso en cuanto a su temporaneidad.

De esta manera se pretende reconocer el derecho de las personas nacidas mediante las TRHA de obtener información sobre los datos médicos del donante cuando sea relevante para su salud y previa autorización judicial a través del procedimiento más breve para la ley local, y sobre la base de razones fundadas, puede revelarse la identidad del donante del material genético utilizado en la técnica. Esta información deberá ser brindada por el centro de salud que intervino en su momento.

Es por ello que se intimará al Registro del Estado y Civil de las Personas a que procedan a la formación de legajo reservado y conservado a perpetuidad, en relación al nacimiento de la niña Á. M., donde constará la constancia protocolizada por la autoridad sanitaria o certificada de la práctica de inseminación de baja complejidad realizada el día 24 de abril del año 2015 en el Centro Vita de esta ciudad, el certificado emitido por el Dr. T. en fecha 20 de enero de 2016 también protocolizado por la autoridad Sanitaria correspondiente y/o certificado, y el consentimiento informado de fecha 08 de abril del año 2015 suscripto por la Sra.

L. M. de los Á. en el Banco de Semen CRYOBANK, con idéntica exigencia de la protocolización y/o certificación. Y ello tal cual las previsiones del Manual de Procedimiento C.C.C.N. del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Chubut.

Con respecto a las costas, las mismas serán impuestas a la demandada, más allá de que la cuestión traída a debate pueda resultar novedosa, lo cierto es que las accionantes se vieron obligadas a instar una acción judicial frente una resolución administrativa fuera de todo contexto legal, lo que no me permite apartarme del principio de la derrota art. 69 del CPCCh.

Por todo lo expuesto, y en razón al interés superior de Á. M., con más las vistas del Ministerio Pupilar de fs. 63 y 70;

#### FALLO:

1º) Admitiendo la acción entablada por las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P., que fuera enderezada por el Ministerio Pupilar conforme fs. 35/39, asumiendo la representación complementaria de la niña Á. M. L..

2º) Declarando el emplazamiento filial de la niña Á. M. L. DNI N° XXXXXX como hija de las Sras. M. de los Á. L. DNI N° XXXXXX y A. M. J. P. DNI N° XXXXXX, habiéndose inscripto el nacimiento en el Acta 024 Tomo I Año 2016 del Registro de la ciudad de Puerto Madryn.

3º) Intimando al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia del Chubut para que dentro del plazo de cinco (5) días modifique la registración del nacimiento de la niña Á. M. L. DNI N° XXXXXX como hija de las Sras. M. de los Á. L. DNI N° XXXXXX y A. M. J. P. DNI N° XXXXXX, en los libros de registro correspondientes, las partidas, actas y/o copias que se expidan. El nacimiento fue asentado en el Tomo I Acta 024 del Año 2016 del Registro de la ciudad de Puerto Madryn. En ningún caso se podrá consignar terminología alguna que denote una contradicción con el sexo de las progenitoras de manera pre impresa y/o agregados, teniéndose que eliminar la terminología madre o padre de cualquier instrumento público que se genere en cumplimiento al presente fallo. Asimismo, las Sras. P. y L. tendrán que ser convocadas previamente a la

modificación ordenada para la elección del apellido de conformidad con lo dispuesto por el art. 64 del CCyC.

4°) Requiriendo a las Sras. M. de los Á. L. y A. M. J. P. que dentro del plazo de diez (10) días acompañen al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, la constancia protocolizada por la autoridad sanitaria o certificada de la práctica de inseminación de baja complejidad realizada el día 24 de abril del año 2015 en el Centro Vita de esta ciudad, el certificado emitido por el Dr. T. en fecha 20 de enero de 2016 también protocolizado por la autoridad sanitaria correspondiente y/o certificada, y el consentimiento informado de fecha 08 de abril del año 2015 suscripto por la Sra. L. del Banco de Semen CRYOBANK, con idéntica exigencias de la protocolización y/o certificación, a los fines de dar cumplimiento con la formación del legajo del art. 563 del CCyC.

5°) Exigiendo al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia del Chubut, que una vez recibida la documental identificada en el punto 4°) del presente, procedan a la formación del legajo previsto en el art. 563 del CCyC, como se contempla en el Manual de Procedimiento C.C.C.N. del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Chubut.

6°) Encomendando a las progenitoras, a partir de que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle su origen gestacional.

7°) Imponiendo las costas a la demandada. Regulando los honorarios profesionales de la abogada M. B. M. en la suma equivalente a veinte (20) JUS y los del abogado S. R. S. en la suma equivalente a quince (15) JUS, en ambos casos con más IVA si correspondiere. El valor de la Unidad Arancelaria, será el vigente al dictado de la presente.

8°) Notifíquese a las partes personal o digitalmente y a la Asesoría de Familia en su público despacho. Expídase testimonio.

9°) Regístrese.

**Fdo.: Delma Irina VIANI**

**Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn.**

Registrada bajo el N° 96 del año 2016(SD).