

Sentencia Folio:

Sentencia Nro de Reg:

Sentencia Ext Reg:.....

Hon. Folio:

Hon. Nro de Reg:

Hon. Ext Reg:.....

Lomas de Zamora, de Octubre de 2016

AUTOS Y VISTOS: los autos caratulados "G M C Y OTRO C/ W B A V S/RECTIFICACION DE PARTIDAS ", expediente N° LZ-2015, venidos a este Público Despacho en estado de dictar sentencia, de los cuales

RESULTA:

A fs. 53 se presentan M C G y F C P, con el patrocinio de la Dra. F M Q y A V W B con el patrocinio del Dr. H D A, solicitando la rectificación de la partida de nacimiento de la niña A P, nacida el 15 de abril del año 2015 en la Clínica y Maternidad Suizo Argentina, inscribiéndose la misma como hija de la Sra. G ya que el Sr. P ya ha realizado el reconocimiento, considerando que quien diera a luz, A V W B, no es la madre sino que actuó como gestante sin intención de ser madre.-

La pequeña A fue concebida y el embarazo se realizó por el método de útero portador.- Las partes entienden que no es la figura de impugnación de maternidad la más correcta, ya que frente a los consentimientos informados surge que la portadora de útero, nunca quiso ser madre.-

Respecto a la Sra. G y el Sr. P manifiestan haberse conocido en el año 1995, contrajeron nupcias el 7 de marzo de 1997 y el 18 de julio de ese mismo año nació su hija S.- Que en el año 2000 a la Sra. C G le detectan el virus del papiloma humano, siendo el cáncer más frecuente el de cuello de útero en la mujer.-

Que desde entonces lucha por ser mamá nuevamente realizando tratamientos en el Hospital Fernandez desde el año 2005.- En el año 2008 se somete a nuevas pruebas médicas en el Instituto Médico Halitus, con resultados negativos.- En el año 2010 después de una operación para dilatar cuello del útero queda embarazada, perdiendo naturalmente el embarazo a los cuatro meses de gestación, en octubre del año 2010.-

Que sus ginecólogos le plantean que no podría ser madre de nuevo atento lo escaso del útero que tenía.- Que se dirigen al Instituto Médico Halitus, donde se les plantea la posibilidad de gestación por sustitución.-

Cuando deciden hacerlo se lo plantean a A, amiga en común desde hace años.- A y F se conocen laboralmente desde el año 1997.- Luego el matrimonio y A comenzaron a reunirse en despedidas de trabajo, cumpleaños, amigos en común y salidas diversas.-

Cuando el matrimonio P pierde el último embarazo, A estuvo muy cerca y se interiorizó del problema que tenían para ser padres y se propone para ayudarlos.- La misma tiene un hijo de 8 años de nombre T, encontrándose separada del padre del niño desde hace varios años.-

De esa forma toman la decisión, realizando las pertinentes evaluaciones médicas y psicológicas, transitando el camino del útero portador para cumplir el sueño de ser padres nuevamente.-

Manifiestan que los nueve meses los transitaron como si estuvieran los tres embarazados.- Cuando A nació fue inscripta de oficio bajo el número Circunscripción 2, Tomo 29 N°114, Año 2015, en el Registro Civil de CABA constando en el acta de nacimiento como madre A V W B.- Posteriormente el Sr. F C P reconoce a la pequeña A en el mismo registro, inscribiéndose bajo el número Circunscripción 2T°, tomo 1B N°53 del año 2015.-

Reiteran la solicitud de que se rectifique la partida de nacimiento y se inscriba a A como hija de M C G y F C P.-

A su vez, a fs. 69 se presenta el Sr F C P solicitando la aplicación del art. 48 de la ley 26.413, aplicando por analogía al caso de la adopción plena, solicitando la inmovilización mediante nota marginal el acta de nacimiento

original y a practicar una nueva inscripción de nacimiento en los libros respectivos, con todos los recaudos del art. 36 de la mentada ley.-

A fs. 70 se da vista al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que se expida sobre la rectificación de la partida solicitada.-

A fs. 74 y 75, el Registro sostiene que la inmovilización del acta no sería de aplicación al caso, debiendo en la eventual instancia de acoger la impugnación de maternidad, ordenar la anulación del asiento y disponer la confección de uno nuevo de nacimiento con los datos que disponga V.S.-

Tampoco correspondería, según dicho organismo, tramitar la presente como rectificación dado que el asiento se encuentra correctamente labrado y ajustado a derecho.- Por último manifiestan que se debería acudir a la adopción plena de la menor, conforme las facultades judiciales que otorga el art. 621 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

A fs. 78 se presenta la Dra. F M Q como apoderada de los peticionantes contestando espontáneamente la vista corrida del informe del Registro Civil manifestando que no es vinculante para la decisión que tome Usía, por cuanto lo expuesto es contrario a derechos supranacionales de la niña A, siendo deber del juzgador permitir la realización del interés social al esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes y el deber de prevalecer el principio de veracidad material.-

A fs. 81 y 84 toma vista la Sra. Representante del Ministerio Pupilar.-

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Dentro de la prueba documental se acompañaron las partidas del matrimonio P – G y nacimiento de la niña M S P (fs.9 y 10), de nacimiento de los Sres. M C G y F C P (fs. 12 y 15), el nacimiento de A y el posterior reconocimiento de la pequeña por parte del Sr. P (fs.5 y 6), partida de nacimiento de A V W B (fs. 19) y la de nacimiento de su hijo T D R W (fs. 21).-

A fs. 24 a 31 se agregó un detallado informe de H Instituto Médico S.A., con intervención psicológica y una evaluación psicodiagnóstica que llevan al convencimiento de la práctica realizada.-

A fs. 34 a 40 se acompaña el comprobante de el estudio biológico llevado a cabo en la Fundación Favaloro, a los fines de mostrar la existencia o no de vínculo biológico entre A W B y A V W B, por una parte, y la existencia de vínculo biológico entre A W B y la pareja formada por el Sr. F C P (padre alegado) y M C G (madre alegada).-

Del extenso estudio se concluye que la Sra. A V W B, QUEDA EXCLUIDA del vínculo biológico como madre respecto a A W B.-

Basados en los análisis de los resultados obtenidos la pareja formada por el Sr. F C P y la Sra. M C G presentan un índice de parentesco acumulado (como pareja) del 99,999999999999%, con respecto a la pequeña A W B.-

A fs. 42 a 52 se acompañó el acuerdo de voluntades donde palmariamente se perfila el consentimiento informado de las tres personas involucradas en la práctica en cuestión.-

A fs. 85 Se presentan ante S.S. el matrimonio P y la hija en común de ambos M S P con debido patrocinio letrado, así como la pequeña A P y la Sra. A V W B con su respectivo letrado.-

Se mantiene intercambio primero con el matrimonio P, quienes relatan la cronología de los acontecimientos, la relación que los une con la Sra. A, prestataria del útero y como alcanzaron el feliz resultado.- Exponen que previamente habían conversado la delicada situación con la hija en común M S quien esperaba con ansias un hermano y con el hijo de A de nombre T, explicándoles en qué consistía la práctica médica, con el fin de evitar confusiones en los niños, especialmente en los roles que ocuparía cada uno.- Que durante todo ese tiempo, antes, durante y después del embarazo contaron con ayuda terapéutica.-

Cedida la palabra a la Sra. A W manifiesta que la niña nació por cesárea y que al nacer se ligó las trompas, pues ya tiene decidido dedicarse a cuidar a su hijo T.-Que los motivos por los cuales aceptó ser la mujer gestante fue que quería hacer el bien a otras personas y más al matrimonio amigo.- Que se siente satisfecha y consiente de los actos y que no se arrepiente de ello.-

Se entrevista a la joven S P quien refiere que siempre quiso tener un hermano y que en todo momento estuvo informada y de acuerdo con la decisión de los padres.- Que tiene un fuerte vínculo fraternal con su hermanita A, quien ante la mirada de su hermana le tira los brazos sonriente.-

Se mantuvo contacto personal con la pequeña A a quien se la ve interactuar en forma muy positiva en su entorno familiar, quien, si bien por su corta edad no puede expresarse por medio de la palabra, evidencia alegría y vínculos fuertes hacia los adultos referentes, Sra. G, Sr. P y la hermanita S.-

Cedida la palabra a la representante del Ministerio Público, presta su conformidad con la petición de autos, no teniendo nada que objetar.-

A fs. 86 se pasan autos a sentencia, providencia que se encuentra firme.-

...FUNDAMENTACION LEGAL:

...A) Criterio rector del interés superior del niño: la idea central de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se resume en esta idea del interés superior.- En efecto en el art. 3º, inc. 1º se establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades administrativas o los órganos Legislativos, una consideración especial en la que se atenderá será en mira en forma prevaleciente, el interés superior del niño.- De la misma manera se hace referencia a la guía de ese interés en otros textos del citado instrumento internacional, lo que se extiende a otros Tratados Internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos.- La corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida.-

...En el derecho interno, la fórmula del interés superior del niño ha sido consagrada por la ley 26.061 de los derechos de los niños y adolescentes y por el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Ley 26.994, el cual

innumerables artículos se refieren al tema (filiación, responsabilidad parental, tutela, adopción etc.).-

...Uno de los derechos fundamentales que hacen al Interés superior del niño, en el caso que nos ocupa, es sin duda, el derecho a la identidad, el derecho a convivir con su familia natural, tanto por ser los peticionantes quienes la engendraron como por tener la profunda vocación de la responsabilidad parental, tanto del Sr. P como de la Sra. G.-

...B) Principio de efectividad: regulado en el art. 4° de la mentada Convención Internacional de los Derechos del Niño estableciendo el criterio de que se deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.-

...Este principio responde a la necesidad de la tutela judicial efectiva que, en el caso de la niña de autos se efectiviza en la protección especial que debe recibir la pequeña en comparación con los adultos, para asegurarle la filiación adecuada, la protección familiar y el cuidado dentro de ese núcleo familiar, su grupo, en forma efectiva.-

...C) Posibilidad de que los niños se manifiesten: no es condicionante que tengan que ser necesariamente por medio de palabras, es que el niño dice sus sentimientos con el cuerpo, con los movimientos, con ese vínculo de manera intuitiva.- Así lo ha expresado A con las sonrisas, el tirar los brazos, el mimo permanente hacia el matrimonio P - G y hacia su hermanita S.-

...Por supuesto que desentrañar realmente lo que quiere transmitir un niño pequeño, un bebé, más allá de la facilidad de la escucha del niño más grandecito, en el proceso judicial se logra mediante la atenta observación de sus movimientos, gestos, juegos y mímica.- Ello requiere del otro lado un Magistrado avezado en la temática o al menos con una mirada familiar y humana que la situación requiere.- (Coincidentemente : Eduardo Cárdenas: La escucha del niño en el Proceso Judicial de Familia.- Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera "La Familia en el nuevo derecho", Tomo II – 207.-Mauricio Luis Mizrahi "Responsabilidad Parental" Astrea- 72 y ss)

...D) Inexistencia de principios legales específicos: en nuestra reciente legislación, con avances para muchos impensados, se llegó al TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) en forma expresa al establecerse en el art. 558 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las nuevas fuentes de filiación, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción plena y como las mismas tienen igualdad de efectos.-

...Asimismo expresamente se aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación (art. 558 segunda parte).-

...Respecto de la gestación por sustitución, si bien se encontraba contemplada en un artículo que la regulaba específicamente, esta disposición fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores.-

...No obstante su eliminación, la gestación por sustitución no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy.-

...En este sentido en nuestro País encontramos numerosos planteos judiciales en los que se ha procedido al reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior (JFam de San Lorenzo, 2 – 7 – 2012, L.L., AR/JUR/62130/2012; JCAdm y Trib. 5 de la CABA 22 – 3 – 2012, Abeledo Perrot, AP/JUR/288/ 2012), como así también prácticas realizadas en el País (JFa. De Gualeguay, 19 – 11 -2013; JNCiv N°86, 18-6-2013, N.N. o DGMBM s/ inscripción de nacimiento, L.L. AR/JUR 23081/2013, entre otros).-

...La fuerza de la realidad constituye una de las principales razones para su necesaria inclusión en nuestro Código, pues:

...1- ni la prohibición expresa (la que actualmente no existe), ni el silencio de la ley evitan que la práctica se lleve adelante.- Frente a esta situación se utilizan muchas veces estrategias alguna veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle las prácticas y resuelva los problemas que ocasiona.-

...2- Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el primer momento el mismo encuentra

una familia que lo quiere, que tuvo la vocación de ser progenitores, que lo buscó por los medios a su alcance, que la ciencia generosamente les brinda.- (Coincidentemente Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, Tomo II, 395 y siguientes, Rubinzal Culzoni, editores).-

...3- Una buena regulación es un instrumento eficaz para impedir la formación de un mercado negro de vientres, cuyo control, actualmente, se encuentra entre las funciones específicas de los jueces.-

...4- la regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el Derecho Comparado reciente.-

...5- No regular o prohibir refuerza la condena biológica.- Muchos estudiosos del tema celebran la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes.- (Andrews L.B. Surrogate Motherhood, Indiana University; Purdy L.M. An Anthropology, New York y London, 1992).-

...Por todos los antecedentes nacionales e internacionales y por íntima convicción entiendo debe prosperar el reconocimiento de que los padres, tanto por naturaleza como por profunda vocación de responsabilidad parental debe estar en cabeza del matrimonio G-P.-

...Atento a ello sería contrario a todos los principios expuestos mantener la situación actual de la pequeña, lo que produciría un caos familiar con lógicas derivaciones hacia lo psicológico y emocional de la misma, elemento que debe ser superador, mediante la creatividad del juez.-

...Es hora de propiciar el reemplazo de la figura clásica del juez prisionero de la letra de la ley, por la de un intérprete dotado de un dinamismo creador.-

...La norma jurídica tiene que ser correlacionada con otro orden de conocimientos que trascienda al derecho, generando una apertura que vede una aplicación maquinal de la ley.- Surge una interpretación dinámica que nos comprende y compromete a los jueces con los resultados a que conduce la exégesis de la norma y que nos inhibe a convalidar iniquidades en el caso sometido a su decisión.-

...E) ANÁLISIS de la propuesta del Registro Nacional de las personas: expone en su presentación en autos que no debería hacerse lugar a la rectificación de partida, sino que se debería enderezar la acción como adopción plena de la niña Agustina, conforme las facultades que otorga el art. 621 del Código Civil y Comercial de la Nación.- Creo que tal aseveración merece un pequeño análisis.-

...Claras son las diferencias entre las figuras de la adopción y la filiación natural, a saber en la adopción existe un elemento volitivo que se presta cuando existe una persona ya nacida mientras que en la filiación por naturaleza se tiende a asegurar la identidad personal con referencia a la realidad biológica, que es lo que se pretende en autos.-

...También existe una palmaria diferencia entre la adopción y la figura de TRHA, al observar que si bien en ambas es fundamental el elemento volitivo, en la primera la voluntad, reiteramos, se la presta respecto de una persona ya nacida.- Es decir que esa voluntad no actúa como causa fuente de origen y existencia de la persona.-

...En la segunda esa voluntad debe ser manifestada previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente.- En el TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad.- Así mientras el vínculo genético entre los padres y los niños falta en la adopción, esta situación no siempre se presenta en el TRHA ya que éstas brindan la situación de que ambos o alguno de los que recurren a estas técnicas esté genéticamente vinculado con el niño que nace por efecto de esta práctica médica.- En el caso de autos, A es hija biológica del matrimonio P – G.-

...Si aceptáramos la pretensión del Registro forzaríamos, incomprensiblemente, figuras legales antes de considerar la realidad biológica y gestacional existente frente a un vacío jurídico.- Atento a ello es inaceptable lo peticionado.-

...Habiéndose descartado que la presente acción fuera por impugnación de maternidad, de acuerdo a las correctas valoraciones de los actores o por adopción de acuerdo a las inexactas pretensiones, a nuestro entender, del Registro Provincial de las personas, atento a lo extenso ut supra expuesto, merece el análisis y debe prosperar como rectificación de partida .-

...A esos fines debemos observar la Ley 26.413 del Registro y Estado Civil de las Personas, publicada en octubre del año 2008, de la cual surge, en su capítulo I, Disposiciones Generales art. 1° y concordantes que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deben inscribirse en el correspondiente registro de las Provincias, de la Nación o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-.-

...El capítulo III referido a las inscripciones, a su vez detalla que las mismas no podrán ser modificadas sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente.- El capítulo V, notas de referencia, en su art. 25 clarifica que toda modificación del contenido de las inscripciones debe ser suscripto por el oficial público, y se registra mediante nota de referencia, correlacionándola con sus antecedentes.-

...A su vez el capítulo VII Nacimientos establece la normativa específica al respecto, complementándose, en el caso de autos, con el capítulo XIV: Resoluciones Judiciales que en sus arts. 78, 79 y concordantes establecen que todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado de las personas, deben ser remitidas al Registro Civil o de Capacidad de las persona de origen de la inscripción para su registro.- Por último, respecto a la materia que nos ocupa, el capítulo XVI en su art. 84 y concordantes establece que las inscripciones solo podrán ser modificadas por orden judicial.-

...En autos es nuestra íntima convicción que debe prosperar la petición de rectificación de partida de la pequeña Agustina Pan, de acuerdo a los argumentos oportunamente esgrimidos.- Por un principio de coherencia legal, procesal no puede aplicarse la nulidad de la primer partida, por presunta aplicación del art. 48 que específicamente se refiere a los supuestos de adopciones plenas, sino la oportuna rectificación de la misma, lo que así declaro.-

...Costas por su orden.- Se propone como regulación de honorarios de la Dra. M M Q y del Dr. Hernán D A, las sumas de pesos y pesos ... respectivamente (art. 9, 16 y concordantes Ley 8.904) con mas los aporte de ley 6716 y 5177.-

...Por lo expuesto FALLO:

...PRIMERO: Hacer lugar a la rectificación de la partida de nacimiento de la pequeña A P, respecto de la filiación materna de la misma.- (Convención Internacional de los Derechos del Niño, Ley 26.061, Código Civil y Comercial de la Nación; Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras "Tratado de Derecho de Familia", Tomo II, pag. 395 y ss. Rubinzal Culzoni, editores; Eduardo Cardenas "La escucha del niño en el Proceso Jurisdiccional de Familia" Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera "La familia en el nuevo derecho", Tomo II pag. 207 y ss; Mauricio Luis Mizrahi, "Responsabilidad Parental, editorial Astrea, pag. 72 y siguientes).-

...SEGUNDO: RECTIFICAR la partida de nacimiento respecto del Acta del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, Circunscripción N° 2, Tomo 29, Número 114, Año 2015, respecto del nacimiento de A W B d.n.i. n°54.892.232, de sexo femenino, nacida el 15 de abril de 2015 a las 18,18 horas, hija de A V W B, D.N.I. n° 27.373.353, mas el reconocimiento realizado en la Circunscripción 2, Tomo 1B, número 53, año 2015, con fecha 30 de septiembre del año 2015, por parte del Sr. F C P, d.n.i.n°, en el sentido de que su madre es M C G, d.n.i. N°.....(Ley 26.413 del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, Capítulos I, III, V, VII, XIV y XVI y concordantes).-

...En adelante la niña A P constará como hija de M C G y F C P.-

...TERCERO : Costas por su orden.- Se regulan los honorarios de los Dres. F M Q y Dr. HD A en las sumas de pesos y pesos ... respectivamente (art. 9, 16 y concordantes de ley 8.904), con mas los aporte de ley 6716 y 5177.-

...CUARTO: Cumplidas las obligaciones arancelarias, expídase oficio y testimonio de estilo.- REGISTRESE.- NOTIFIQUESE con transcripción del art. 54 de la Ley 8.904.-

Dra. Alicia Etelvina Taliercio

Juez de Familia