

EL ARREPENTIMIENTO DEL DONANTE DE GAMETOS

Comentario al fallo: FAGA c/ MMA s/FILIACION- JUZGADO CIVIL 23 - Buenos Aires, 27 de marzo de 2019

Dra Alicia I. Barreto

Abogada T° 108 F° 927 CPACF

I-Introducción

El fallo en comentario es una sentencia de Primera Instancia Juzgado Nacional CIVIL 23, de fecha 27 de marzo de 2019, donde se resolvió la filiación extra matrimonial planteada por el aportante de gametos por medios naturales a un matrimonio igualitario conformado por dos mujeres.

En el caso en análisis el matrimonio no recurrió a técnicas de reproducción humana asistida por lo cual no se encuentra comprendido en lo establecido por el art. 575 del CCYCN,...”en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. Fundado en esto el emplazamiento del niño se rige por las reglas de la filiación por naturaleza desplazando la presunción del Art. 566 del hijo nacido dentro del matrimonio.

II-Hechos

Versión del Sr. GAFA, quien promueve demanda de reconocimiento del hijo por nacer contra MAM. manifestando que conoció a la Sra. M en el mes de marzo del año 2014, cuando ingresó a trabajar en el S G, comenzando una relación amorosa en marzo de 2015. Relata que él se encuentra en pareja desde hace años, la relación con la Sra. M continuó en el tiempo. Agregó que la accionada se encontraba en pareja con la Sra. PC, con quien contrajo nupcias el 14 de febrero de 2017. Expuso que en el mes de noviembre de 2016 y a pesar de sus relaciones de pareja, de común acuerdo decidieron tener un hijo, confirmando el embarazo el 8 de abril de 2016, manifiesta que a partir de ese momento la demandada dejó de tener todo contacto con él, no le hablaba, ni recibía sus mensajes y lo evadía en el lugar de trabajo. Indicó que finalmente logró reunirse con ella, quien le explicó su intención de recomponer su pareja y que en la familia de la esposa habían explicado el embarazo aduciendo una donación de esperma. Fundado en lo expuesto peticiona el reconocimiento del hijo, argumentando que fue fruto de una relación sexual libre, consentida y buscado

por ambos. Finalmente, solicitó como medida previa la realización de un examen de ADN. Fundó en derecho y ofreció prueba.

Se le corrió traslado de la acción deducida a la Sra. MAM quien contesta y da la su versión de los hechos dice que en el año 2013 comenzó una relación amorosa con la Sra. PEGC, con quien contrajo matrimonio en febrero de 2017. Expresó que con su mujer siempre hablaron de tener un hijo, pero la idea de un

donante anónimo no las conformaba, sino que querían que su hijo conociera sus orígenes, y por eso pensaron en convocar a un amigo y compañero de trabajo en quien ella confiaba. Manifestó que durante el verano de 2017 habló con el Sr. F y le propuso tener un hijo en común, no fruto de una relación sino de un acuerdo y él aceptó dicho acuerdo, dejando siempre en claro que su participación en la crianza del bebé iba a ser muy importante, por lo cual mientras más involucrado estuviese mejor. Indicó que el 21 de abril de 2017 se confirmó el embarazo, momento a partir del cual comenzaron las discusiones en relación a

cómo iba a ser registrado su hijo, qué rol iba a cumplir cada uno, pero no había dudas que la crianza sería compartida. Agregó que a medida que el embarazo avanzaba, el Sr F comenzó a ofender a su esposa con una actitud de

repentina homofobia, amenazándola con acciones legales y, como consecuencia de ello, no tuvieron más contacto. Finalmente requirió se convoque a una audiencia para acordar pautas respecto del padre biológico de su hijo. Fundó en derecho, sin ofrecer prueba por considerarla innecesaria.

III. Breve encuadre normativo

El acuerdo manifestado por el matrimonio de las mujeres, no se realizó de manera escrita, se limitaron a un acuerdo verbal, esto no modifica en nada la situación si hubieran hecho un contrato sería de ningún valor por ser es un tema indisponible para acordar, de acuerdo a lo previsto por el art. 958.-“Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Art .1004.- “Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

El CCYCN regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a las cuales podían recurrir realizándose la inseminación artificial.

En el Capítulo II Del Título V de Filiación bajo el Título Reglas Generales relativas a la Filiación por técnicas de reproducción humana (TRHA) asistida nos da las pautas para que los niños nacidos bajo este sistema sean emplazados hijos de quienes prestaron voluntad procreacional a través del consentimiento informado en los art. 560 al 564 del CCYCN.

Si el matrimonio conformado por las dos mujeres hubiera recurrido a la inseminación intrauterina existiría la imposibilidad jurídica de impugnar la filiación fundada en que existió la voluntad procreacional, para estos casos prima el consentimiento sobre la falta el correlato genético como establece el art 577 del CCYCN.

La ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA en el año 2013 y se reglamentó con el decreto 956/2013, establece en el art 8 la posibilidad de realizar la inseminación

Intrauterina con gametos o de un donante.

IV- Cuestiones planteadas en el fallo

La Sra. Jueza de primera instancia debió resolver la demanda de reconocimiento del hijo por nacer interpuesta por el Sr. F impidiendo su inscripción como hijo matrimonial de la Sra. MAM y Sra. PEGC, de la demanda corre traslado a la Sra. MAM, quien no niega que el Sr. F sea el padre biológico del niño, solo que la versión de los hechos es totalmente opuesta.

En la audiencia del art. 360, ambas partes ratificaron que el hijo por nacer tenía por padre al Sr. F A, igualmente la Sra. Defensora Publica de menores solicita que se realice un estudio biológico de ADN al momento del nacimiento, prestando ambos su consentimiento con ello.

No existieron dudas que el niño fue concebido de manera natural, al contar con el resultado de la pericia se dictó sentencia, dejando sin efecto la presunción de los hijos nacidos en vigencia del matrimonio.

V - A modo de conclusión

En la resolución en análisis el matrimonio decide elegir el futuro padre de su hijo como ellas mismas expresan porque deseaban que su hijo pudiera conocer sus orígenes, sin tomar en consideración que al embarazo producto de una relación sexual generaba vínculo biológico con el aportante de gametos, si ellas hubieran consultado a un abogado este le podría haber sugerido la utilización de técnicas de reproducción humana asistida con los gametos donados y en este caso la filiación no proviene del nexo biológico sino de su voluntad, su deseo de ser madres. Cuando se utilizan técnicas el origen de la filiación se encuentra en el acto voluntario de prestar el consentimiento en cada paso en la realización del procedimiento como lo establece el art. 575- "Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena."-

Alicia I Barreto, abogada, Miembro del Instituto de derecho de Familia del CPACF, docente adjunta de la Catedra de Familia UAI, JTP catedra de derecho de familia y sucesiones UBA.

Texto completo del fallo

Y VISTOS: Estos autos caratulados "F A, G A c/ M, M s/FILIACION", para dictar sentencia de los cuales, RESULTA: a) A fs. 15/18 se presentó G A F A, por derecho propio, y promovió demanda de reconocimiento del hijo por nacer contra M A M. Manifestó que conoció a la Sra. M en el mes de marzo del año 2014, cuando ingresó a trabajar en el S G, comenzando una relación amorosa en marzo de 2015. Refirió que, si bien está en pareja desde hace años, la relación con la Sra. M continuó en el tiempo. Agregó que la accionada se encontraba en pareja con la Sra. P C, con quien contrajo nupcias el 14 de febrero de 2017. Expuso que en el mes de noviembre de 2016 y a pesar de sus relaciones de pareja, de común acuerdo decidieron tener un hijo, confirmando el embarazo el 8 de abril de 2016, momento a partir del cual la demandada dejó de tener todo contacto con él, no le hablaba, ni recibía sus mensajes y lo evadía en el lugar de trabajo.

Indicó que finalmente logró reunirse con ella, quien le explicó su intención de recomponer su pareja y que en la familia de la esposa habían explicado el embarazo aduciendo una donación de esperma. Por ello petitionó el reconocimiento del hijo, quien fue fruto de una relación sexual libre, consentida y buscado por ambos.

Finalmente, solicitó como medida previa la realización de un examen de ADN. Fundó en derecho y ofreció prueba.

1. b) A 19 se ordenó correr traslado de la acción deducida (notificado a fs. 21) y a fs. 22/24 se presentó M A Ma contestando demanda. Refirió que en el año 2013 comenzó una relación amorosa con la Sra. PEGC, con quien contrajo matrimonio en febrero de 2017. Expresó que con su mujer siempre hablaron de tener un hijo, pero la idea de un donante anónimo no las conformaba, sino que querían que su hijo conociera sus orígenes, y por eso pensaron en convocar a un amigo y compañero de trabajo en quien ella confiaba.

Manifestó que durante el verano de 2017 habló con el Sr. F y le propuso tener un hijo en común, no fruto de una relación sino de un acuerdo y él aceptó dicho acuerdo, dejando siempre en claro que su participación en la crianza del bebé iba a ser muy importante, por lo cual mientras más involucrado estuviese mejor. Indicó que el 21 de abril de 2017 se confirmó el embarazo, momento a partir del cual comenzaron las discusiones en relación a cómo iba a ser registrado su hijo, qué rol iba a cumplir cada uno, pero no había dudas que la crianza sería compartida.

Agregó que a medida que el embarazo avanzaba, el accionante comenzó a ofender a su esposa con una actitud de repentina homofobia, amenazándola con acciones legales y, como consecuencia de ello, no tuvieron más contacto. Finalmente requirió se convoque a una audiencia para acordar pautas respecto del padre biológico de su hijo. Fundó en derecho, sin ofrecer prueba por considerarla innecesaria.

1. c) A fs. 36 se llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 360 del CPCC, donde ambas partes ratificaron que el hijo por nacer tenía por padre al Sr. F A, sin perjuicio de lo cual la Sra. Defensora Pública de Menores requirió que se realice un estudio biológico de ADN al momento del nacimiento, prestando ambos su

consentimiento con ello.

1. d) A fs. 76/77 alegó la parte demandada y a fs. 79/81 hizo lo propio el actor; a fs. 56 dictaminó la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces y a fs. 73 la Sra. Fiscal.
2. e) A 92 se dictó el llamamiento de autos para sentencia, proveído que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO: I.- Con la copia certificada de la partida de fs. 58 se encuentra acreditado el nacimiento de M M, ocurrido el 1° de enero de 2018 en esta ciudad e inscripto como hijo de MAM, sin filiación paterna.

II.- El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art.582, prevé que el hijo puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores, promoviendo en todo tiempo la acción. Para el resto de las acciones, se admite que los terceros que invoquen interés legítimo puedan interponer la correspondiente demanda. El supuesto que se presenta en autos no se encuentra específicamente regulado, pero surge palmario que el estado de incertidumbre debe cesar y la realidad biológica del niño debe primar.

En este sentido, debe ponerse de resalto que en los procesos como el presente, cobra vital importancia el derecho a la identidad de los niños –de raigambre constitucional-, reconocido expresamente por la CDN –ratificada por la Argentina-, que en su art.7 dispone que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir

una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...”, para luego establecer en su art. 8 “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los

elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”.

III.- Tal como lo establece el art. 579 del CCyC, en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

La investigación de ADN que se efectuó sobre material biológico del niño y del Sr. FA, concluye que, en base a los resultados de los análisis obtenidos, la posibilidad de paternidad es de 99,999996%, incluyendo así al presunto padre como padre biológico del niño. Dicha pericia fue consentida por las partes.

El estudio genético referido corrobora el expreso reconocimiento que todos los litigantes habían formulado en su oportunidad. Cabe por tanto admitir la demanda.

IV.- En cuanto al apellido de Mateo, a fs. 45/46 el Sr. FA requirió que, luego del resultado de ADN, se inscriba la filiación paterna en primer término, pudiendo adicionar el

apellido de la madre si así lo deseara.

Por su parte, la Sra. M petitionó a fs. 54 que a M se adicione el apellido F, dado que de ese modo no es necesario realizar rectificación de la partida; solicitó que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el actor, se resuelva el orden de los apellidos, pensando en lo mejor para M. Posteriormente en su alegato (fs. 76/77), la Sra. M prestó su conformidad con que se incorpore en primer lugar el apellido del progenitor.

El art. 64 del CCCN prevé la posibilidad de adicionar, a pedido de los padres, el apellido de uno de ellos en la partida de nacimiento del hijo. Asimismo, dispone que el hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

La normativa del nuevo Código Civil y Comercial, hace prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes, interviniendo el Juez únicamente frente a la falta de acuerdo de los progenitores, decidiendo aquello que resulte más beneficioso para el niño involucrado, teniendo en miras su interés superior, en consonancia con los lineamientos del art. 3 de la CDN, art. 3 de la ley 26.061 y el art. 706 inc. c) del CCCN.

El nombre, considerado en sentido comprensivo del prenombre y el apellido, ha sido reconocido como un derecho del niño. A toda persona le asiste el derecho a un nombre desde que nace y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento (arts. 3, 7 y 8 de la Declaración de los Derechos del Niño, art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como categoría léxica, el nombre propio es el individualizador por excelencia; el apellido es la designación común a todos los miembros de una familia, que puede ser simple, compuesto o doble. El apellido es la manera de referenciar la pertenencia a determinado grupo familiar, es la designación común a sus miembros a la vez que denomina, nombra, identifica, a cada uno de los integrantes; es decir, tiene carácter colectivo a la par que individual.

Al portarlo completo, su titular lleva el sello distintivo que aísla y perfila su personalidad dentro de la comunidad social en que vive. Conforme las modalidades en que se presenta en la vida social, puede ser simple, compuesto o doble, siendo éste último el que resulta de la utilización de los apellidos paterno y materno (Aida

Kemelmajer de Carluchi, Marisa Herrera, Nora Lloveras; "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Tomo III, p.623).

Sentado ello, dado que la progenitora acepta que se incorpore en primer término el apellido paterno, corresponde la inscripción del niño como "Mateo Fernández Martínez", ello en coincidencia también con las sugerencias efectuadas por la perito psicóloga Lic. Tintpilvert en su informe de fs. 64/66.

1. Las costas se imponen por su orden, teniendo en cuenta que la Sra. M, al contestar el traslado de la demanda, no cuestionó la paternidad alegada por el Sr. F A, importando ello un allanamiento a la acción deducida en los términos

del art. 70 del CPCC.

En virtud de todo lo expuesto y disposiciones legales citadas, de conformidad con lo

dictaminado por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces a fs. 56 y por la Sra. Fiscal a fs. 73, FALLO: 1) Hacer lugar a la demanda. En consecuencia, declaro que M M, nacido el 1° de enero de 2018 (DNI:) queda emplazado como hijo de GAFA (DNI:). Frente a ello y conforme lo expuesto en el pto. IV de los Considerandos, se incorporará en primer término el apellido paterno, debiendo quedar el niño inscripto como“ MFM”. 2) Las costas se imponen en el orden causado, en atención a los argumentos vertidos en el pto. V de los Considerandos (Allanamiento, art. 70 CPCC).

3) Notifíquese personalmente o por cédula y a los Ministerios Públicos en sus respectivos despachos. Firme la presente, inscribábase en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad en relación al Acta n° 81, Circ. 2, Tomo 2, Año 2018, a cuyo fin librese oficio. 4) Oportunamente, archívense las actuaciones.