

Voces: FILIACIÓN - MATRIMONIO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA - VOLUNTAD PROCREACIONAL - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - MATRIMONIO IGUALITARIO

Partes: NN y otra | autorización judicial

Tribunal: Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Corrientes

Sala/Juzgado: I

Fecha: 8-jul-2022

Cita: MJ-JU-M-137887-AR | MJJ137887

Producto: MJ

Autorización judicial para la inscripción del hijo de una familia homoparental que nació mediante técnicas de inseminación casera.

Sumario:

1.-Registrar al niño como hijo de ambas madres es el reconocimiento de su identidad y el acceso a otros derechos como el de gozar de los beneficios del seguro social por parte de ambas madres, garantizar la continuidad de su vínculo en caso de separación o muerte de una de ellas, establecer derechos hereditarios, entre otros derechos.

2.-A partir de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, los niños y niñas que nacen en el matrimonio de dos madres son legalmente reconocidos por ambas; así también el Decreto de Necesidad y Urgencia 1006/2012 permitió regularizar las inscripciones de los nacidos antes de la sanción de la Ley.

3.-Las técnicas de inseminación casera en nuestra legislación no están previstas, sino lo que nuestra ley regula son las técnicas de reproducción humana asistida que exige a los padres el consentimiento previo, informado y libre; instrumento del cual se carece en las TIC.

4.-Para que un niño sea inscripto como hijo de dos personas del mismo sexo, se debe presentar el consentimiento dado en el centro de salud que interviene, pero resulta que ese es un presupuesto de imposible cumplimiento en la fertilización casera donde no participa ninguna institución.

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

Goya, 8 de julio de 2022.

- I- CAUSA "XXX Y OTRA S/ AUTORIZACION JUDICIAL" expediente n° 42500/21 en trámite ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n°1 de Goya, Provincia de Corrientes,

II- ANTECEDENTES

XXX DNI n° . y XXX DNI n°. con el patrocinio letrado de del Dr. XXX inician las actuaciones ante la negativa de inscripción como hijo de ambas de JUAN DNI n° . por parte de las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas. Pretenden que el niño sea emplazado como tal y lleve el apellido RAMOS (ficticio).

Las peticionantes están organizadas como familia de pareja homoparental, poseen una relación sentimental de varios años, al momento del nacimiento del niño tenían una unión de tipo convivencial contrayendo matrimonio más tarde. La concepción fue realizada con técnicas de inseminación casera (TIC), cuyo donante de gametos masculino desconocen.

La asesoría de Menores tomo la intervención de ley conforme al artículo 103 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación, propiciando la adopción del niño por parte de la Sra. Ramos.

III- CONSIDERACIONES GENERALES

En los últimos años hemos asistido a la exposición de nuevos modelos familiares que se alejan del concepto tradicional formado por papá, mamá e hijos, pero aun hoy elegir un formato diferente lamentablemente no es tarea sencilla.

A partir de la Ley No 26.618 de Matrimonio Igualitario, los niños y niñas que nacen en el matrimonio de dos madres son legalmente reconocidos por ambas. Así también el Decreto de Necesidad y Urgencia No 1006/2012 permitió regularizar las inscripciones de los nacidos antes de la sanción de la Ley.

Entonces, tras la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario todos los niños y niñas de familias comaternales cuyas madres han contraído matrimonio pueden ser inscriptos legalmente como hijos e hijas de ambas, pero no sucede lo mismo cuando no están casadas, o no lo estaban al momento del nacimiento y contrajeron matrimonio posteriormente como en este caso.

Hasta el momento no existen formas unificadas en las distintas provincias en cuestiones de este tenor. Algunas jurisdicciones emitieron disposiciones particulares para que ambas madres puedan reconocer a sus hijos/as por vía administrativa entendiendo que esta situación se encuentra implícita en la Ley 26.618 y en el DNU 1006/2012.

Ahora bien, resulta ser que el Código Civil y Comercial en su encomiada tarea de legislar realidades consideró la unión convivencial como modo de vida que también crea derechos y obligaciones, pero la posibilidad de elegir casarse o no hacerlo pareciera estar vedada a parejas del mismo sexo, pues a ellos la ley les exige casarse para poder inscribir a sus hijos como hijos de la pareja.

Otro tema que no puede quedar fuera de los debates actuales es la necesidad de algún tipo de regulación referente a las técnicas de inseminación caseras -TIC-.

Técnicas cada vez más comunes cuando las personas solteras y las parejas homosexuales desean ser padres, existen multitud de técnicas que pueden converger a su cumplimiento. Sin embargo, cuando se buscan alternativas "más baratas" y no asistidas medicamente nos enfrentamos a numerosos dilemas a la hora de registrar a los bebés nacidos de TIC.

Uno de los principales problemas al que se enfrentan las familias homoparentales suele ser el aspecto económico. En parejas de hombres, se debe considerar el costo de la gestación subrogada, viajes y manutención en países en los es legal y todos los trámites que conlleva. En el caso de mujeres, los costos de tratamientos también son elevados y realizar las prácticas mediante cobertura social suele llevar bastante tiempo. En estos casos las TIC suelen ser la forma de sortear estos obstáculos.

Como ya se ha dicho, las técnicas de inseminación casera en nuestra legislación no están previstas. Lo que nuestra ley regula son las técnicas de reproducción humana asistida -TRHA- que exige a los padres el consentimiento previo, informado y libre; instrumento del cual se carece en las TIC.

Para que un niño sea inscripto como hijo de dos personas del mismo sexo, se debe presentar el consentimiento dado en el centro de salud que interviene, pero resulta que ese es un presupuesto de imposible cumplimiento en la fertilización casera donde no participa ninguna institución

IV- CASO CONCRETO.

Esta es una historia de amor de dos mujeres que se conocieron, se enamoraron y luego de 5 años de estar juntas decidieron conformar una familia con hijos.

Registraron su unión convivencial el 14 de octubre de 2021 y se casaron luego, el 6 de diciembre del mismo año.

Para cumplir su deseo, no recurrieron a un centro de salud, sino que apelaron a una inseminación doméstica realizada con gametos masculinos de un donante sin voluntad procreacional, siendo la voluntad de ambas que Ana sea quien lleve a cabo la gestación y embarazo Juan nació el 19 de octubre de 2021 de la voluntad procreacional de sus madres, de la decisión de llevar adelante un proyecto parental en el marco de una familia homoparental, pero esa voluntad al no haberse realizado procedimiento médico no está plasmada en el consentimiento anterior, informado y libre requeridos en las TRHA.

El CCyCN define en su artículo 562

qué se entiende por voluntad procreacional. Esta norma se ve complementada con los artículos 560 y 561 que disponen los requisitos y la forma en que deberá cumplimentarse la instrumentación del consentimiento informado, previendo que el mismo habrá de ser recabado por el Centro de Salud interviniente. Aquellas personas que accedan al uso de las TRHA, deben renovar su consentimiento cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Con lo hasta aquí expuesto dejo planteadas dos cuestiones que deslindar a efectos de la inscripción pretendida que desarrollaré en el apartado IX "Solución del caso":

1) Laura y Ana no estaban casadas al momento del nacimiento de Juan contrajeron matrimonio con posterioridad.

2) Utilizaron una técnica de inseminación no asistida medicamente realizada con gametos masculinos de un donante sin voluntad procreacional, por ende no contamos con consentimiento informado libre previo.

V- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Hay niños y niñas que tienen una mamá y un papá, otros tienen solo una mamá o solo un papá, también algunos tienen dos papás, dos mamás, e incluso quienes tienen más de dos, y quienes por no tener papá ni mamá están con otras personas que los quieren, tíos, abuelas, afectos; lo importante es que los niños tengan quien los cuide, los acompañe en su camino de adquirir su autonomía, cuando más personas los quieran, más protegido estaría su interés superior.

Los hijos de padres homosexuales crecen en una estructura familiar que no se asemeja a la de la mayoría de su grupo de amigos o compañeros, pero esto que antes era objeto de discriminación por suerte está cambiando a un ritmo vertiginoso y cada vez estamos más cerca de una sociedad en la que prime la diversidad y la tolerancia.

La Asociación Americana de Psicología ha desarrollado una guía práctica en la que se recogen los resultados de las principales investigaciones para determinar el bienestar y la salud mental de los niños con padres homosexuales, concluyendo que no se encuentran en una situación de vulnerabilidad o desventaja y que estas parejas poseen las mismas habilidades para educar a sus hijos por lo que no están menos capacitados para ejercer el rol de padres o madres.

La CIDH en Atala Riffo ha dicho: "La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia."

Por otro parte cabe decir que la orientación sexual de los padres no incide ni en los roles ni en la identidad sexual de sus hijos, es una falsa creencia la de pensar que el niño se va a sentir confundido al tener padres o madres del mismo sexo y esto va a condicionar su identidad u orientación sexual.

Registrar a Juan también como hijo de Laura es el reconocimiento de su identidad y el acceso a otros derechos como el de gozar de los beneficios del seguro social por parte de ambas madres, garantizar la continuidad de su vínculo en caso de separación o muerte de una de ellas, establecer derechos hereditarios, entre otros derechos.

Así también es dable resaltar que al momento de escuchar en audiencia a las madres observé un niño tranquilo cobijado, protegido con dulzura y un amor muy grande que motivaba la lucha de estas mujeres, no tengo dudas que los cuidados y el evidente afecto hacen al interés superior de Juan.

VI- DERECHO.DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Para dar solución a este caso corresponde la interpretación sistémica de nuestro ordenamiento jurídico donde la constitución, el derecho público y el derecho privado confluyan a la obtención de la real tutela pretendida determinando el derecho aplicable.

Así pues, el artículo 1º del Código Civil y Comercial refiere a la "constitucionalización" del derecho privado, a la aplicación de tratados de derechos humanos y de normas de mayor protección presentes en otras legislaciones especiales y complementarias a la legislación general civil y comercial, como la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

A su vez el artículo fija pautas de interpretación para resolver casos como este donde se plantean situaciones no previstas, quizá debido a la dinámica social que crea nuevas realidades y nos desafía constantemente a estar atentos a los cambios y nuevos paradigmas.

"La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico", perteneciente a uno de los recordados maestros del derecho constitucional, no por casualidad,

involucraba un conflicto de familia. Esto ha dado lugar al conocido "derecho civil constitucionalizado" o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de "publicización del derecho privado". Dicho esto, cabe destacar la aplicación de:

La Convención Americana de los Derechos del Hombre CADH (artículos 1, 3, 5, 19 y ccds)

El Pacto de San José de Costa Rica (artículos 12, 17, 19, 24, 25)

Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 2, 3, 4).

La Ley No 26.618 de Matrimonio Igualitario y el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) No 1006/2012 Vale reiterar en esta instancia el fallo sin desperdicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Atala Rizzo y niñas versus Chile", ya que significó un antes y un después en el ámbito de la defensa de los derechos humanos de la población sexo diversa. En esa ocasión se expidió la Corte diciendo que ante el presunto derecho de vivir en una familia "normal y tradicional", en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege solo un modelo "tradicional" de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. La no discriminación y la orientación sexual son categorías protegidas por el artículo 1.1. de la Convención Americana y las personas homosexuales pueden formar familias y estas familias y sus hijos e hijas tienen derechos.

VII- PRUEBAS

DOCUMENTALES

a) Certificado de médico suscripto por el Dr. XXX, donde consta la cesárea de la Sra. Ana y el nacimiento de Juan el día 19/10 /22. b) Acta de nacimiento de JUAN, n° XXX, Tomo n° XXX, Folio XXX, Año 2021 inscrita ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Goya, Provincia de Corrientes. c) Acta de Registro de unión convivencial de LAURA DNI n° . Y ANA DNI n° . de fecha 14/10/2021, n° . Tomo n° ., Folio n° ., Año 2021, inscrita ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Goya, Provincia de Corrientes. d) Acta de matrimonio de LAURA DNI n° . y ANA DNI n. de fecha 06/12/2021 n° 5, Tomo n° . Folio n° ., Año 2021 del Registro Civil de la localidad de 9 de Julio, Departamento de San Roque, Provincia de Corrientes.

INFORME PSICOLÓGICO

El informe suscripto por la Licenciada XXX, Psicóloga Forense, en su parte pertinente refiere a la unión de pareja y a los deseos de formar una familia: ".Se presentan a las entrevistas, en tiempo y forma, disponibles a las intervenciones forenses, con discurso amplio, claro rico en contenido, adaptándose al encuadre, encontrándose ubicada en tiempo y espacio, con sus funciones psíquicas primarias y secundarias conservadas a la fecha. Logran historizar sobre la relación de pareja y convivencia que mantienen de larga data, refiriendo sobre sus deseos de tener un hijo, describiendo de manera clara y concordante los motivos que la llevaron a iniciar el trámite judicial, fundamentando los mismos en sus deseos de ejercer la maternidad/paternidad de modo amplio, cubriendo las necesidades tanto materiales, de salud como afectivas de su hijo, el niño Juan Torales de 5 meses de edad, fundamentando los mismos de modo claro, coherente en concordancia con sus niveles socio/cultural/ educativos/económicos alcanzados."

INFORME SOCIOAMBIENTAL

A su vez el informe socioambiental realizado por el cuerpo de asistentes sociales forense, suscripto por la Licenciada XXX, da fe de la unión de Laura y Ana de larga data conocida por sus vecinos: ". Ambas solicitantes se conocieron hace 5 años aproximadamente, iniciando una relación de pareja, luego de convivencia hasta el 07 de diciembre de 2021 que se unieron legalmente en matrimonio. La SRA ANA fue madre biológica del niño JUAN el 19 de octubre de 2021, por lo que la SRA desea reconocer al niño, compartiendo la pareja dicha decisión, por lo que iniciaron el presente trámite. Ambas mencionan estar de acuerdo en cuanto a la crianza del niño.

Ambas solicitadas tienen buen concepto entre sus vecinos."

VIII- DICTAMEN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Sra. Asesora se ha expedido aconsejando el trámite de adopción, ".Que es de destacar en estas instancias que no encontramos ante el nacimiento de un niño INSCRIPTO EN EL REGISTRO CIVIL nacido en el marco de una pareja de hecho al momento de la concepción y nacimiento del niño, haciendo inclusive un relato de cómo fue concebido el niño, En este caso en que la maternidad se atribuye a la madre que ha alumbrado a su hijo, y será necesario iniciar un procedimiento de adopción de éste en favor de la pareja, por lo que entiendo la presente acción no puede prosperar." Adelanto desde ya que no comparto esta opinión, fundaré brevemente mi apartamiento al dictamen del Ministerio Público en el apartado que

explica la resolución del caso.

SOLUCIÓN DEL CASO.

Tengo acreditado: la voluntad de Laura y Ana de conformar una familia, la unión de las peticionantes de tipo convivencial primero y en matrimonio después, el nacimiento del niño y la maternidad biológica de Ana dada por el hecho objetivo del parto, la voluntad procreacional de Laura, la utilización de técnicas de inseminación casera con esperma de un desconocido sin voluntad procreacional.

Ahora bien, para evitar que una interpretación literal de las normas en juego perjudique la protección integral de la familia, debo avocarme en primer término a dilucidar las cuestiones señaladas más arriba y explicar mi razonamiento:

1) Laura y Ana no estaban casadas al momento del nacimiento de Juan, contrajeron matrimonio con posterioridad.

A efectos de contextualizar mi decisión diré primero que el Código Civil y Comercial acorde con el concepto vigente de familia regula las denominadas uniones convivenciales en el Título III del Libro Segundo "Relaciones de familia", en los artículos 509 al 528, definiendo este tipo de unión como una verdadera familia, y por tanto digna de la protección constitucional que corresponde a este instituto.

Es decir que de la correcta interpretación de nuestro Código Civil y Comercial del 2015 podemos ver ampliada la protección otorgada a los Matrimonios Iguatarios por la Ley No 26.618 del año 2010.

En conclusión en este aspecto entiendo que de la correcta lectura de las normas debe permitirse que los niños y niñas nacidos de dos madres sean legalmente reconocidos por ambas, aunque estas no se encuentren casadas.

2) Utilizaron una técnica de inseminación no asistida medicamente realizada con gametos masculinos de un donante sin voluntad procreacional, por ende no contamos con consentimiento informado libre previo.

Continuando el análisis de los presupuestos exigidos para la inscripción del niño y carentes en este caso, no puedo desatender que las TIC son una realidad plausible que amenaza incrementarse. Actualmente, en muchos lugares del mundo existen en el mercado varios kits de inseminación con libros y vídeos explicativos para poder realizar la inseminación artificial en casa sin necesidad de acudir al especialista.

Como reseñé más arriba la TIC no está contemplada en nuestro orden jurídico pero tampoco está prohibida.

La base sobre la que se apoyan la legislación, el sistema y la utilización de las TRHA, es la filiación conforme al elemento volitivo, al deseo de los progenitores de formar una familia (Voluntad Procreacional), que se plasma en el consentimiento, diferenciándose de la filiación por naturaleza o por adopción.

"El reconocimiento de las TRHA como nueva fuente de filial marca la ruptura del nexo biológico

en la procreación y representa una garantía de acceso a la libertad reproductiva de las familias en plural"

Voy a hacer propia la definición de nuestra prestigiosa doctrina nacional en la materia, que define voluntad procreacional como ".querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su crianza, por ello contiene el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial". para luego afirmar que tengo la certeza de que ese elemento esta dado en este caso Siguiendo la línea de argumentación, el consentimiento es un acto jurídico que consistente en una exteriorización de voluntad que supone la aceptación de la realización de las distintas prácticas para la procreación. El consentimiento tal como está previsto se debe dar al inicio de los procesos reproductivos, para la adquisición o utilización de gametos de terceros; y luego para la fecundación y la implantación.

En efecto, el consentimiento es la exteriorización de la voluntad procreativa de los futuros progenitores por técnicas de reproducción asistida, que culmina con la inscripción en el Registro Civil. Cabe preguntarnos entonces si el emplazamiento estaría dado por el consentimiento o el consentimiento es la exteriorización de la voluntad que es la causa de la filiación.Me inclino por la segunda posibilidad y por la evaluación de una alternativa para que la falta del consentimiento previo pueda ser subsanada con posterioridad cuando la voluntad procreacional no se manifestó con el consentimiento.

Otro punto a evaluar, es la procedencia del deseo de las madres a que el niño lleve el apellido Ramos (ficticio). Nuestro Código Civil y Comercial en su artículo 64 unifica para todos los progenitores (del mismo o distinto sexo) la posibilidad de elegir cuál de sus apellidos llevarían sus hijos, privilegiando su autonomía, con la salvedad que la determinación y orden de los apellidos del primer hijo instaure el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos de hijos con igual filiación. Esto rige para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales si el hijo detenta la filiación de ambos progenitores en forma simultánea.

Hecha esta aclaración no encuentro motivo para no autorizar lo que la ley permite, es decir que el niño lleve el apellido de cualquiera de sus progenitoras.

Por último, fundo mi apartamiento a lo dictaminado por la Asesora en que resulta inaceptable hablar de la adopción del propio hijo, si esta posición se debiera a que el Ministerio Público considere insalvable la falta de consentimiento oportuno (no es mi postura) quizá podríamos debatir la posibilidad de un reconocimiento ulterior pero nunca una adopción.

Las costas se impondrán a las peticionantes de la acción.

En conclusión y apelando a la claridad expositiva en breve síntesis de la interpretación armónica del plexo normativo y la obligada perspectiva constitucional- convencional no concibo justificativo alguno para no reconocer el derecho primordial

del niño a su identidad y de estas madres a la constitución un modelo familiar homoparental basado en la lucha por la igualdad y el amor.

Por todo ello, conforme la normativa vigente, doctrina y jurisprudencia aplicables, en estos tiempos donde debemos romper estructuras y prejuicios y rearmarnos más humanos, más hermanos:

FALLO

1°) HACER LUGAR en todas sus partes a la demanda promovida por las Señoras LAURA DNI n°. y ANA DNI n°. . En consecuencia: ORDENAR LA RECTIFICACION de la partida de nacimiento de JUAN DNI n° XXX nacido el 19 de octubre de 2021 e inscripto bajo Acta n° XXX, Tomo n° XXX, Folio n° XXX del Registro Civil y Capacidad de las Personas de Goya, Provincia de Corrientes, donde deberá consignarse JUAN como hijo de ANA DNI. nacida el 13 de junio de 1995, de estado civil: casada, de nacionalidad argentina, domiciliada en calle domiciliada . de la ciudad de Goya, Provincia de Corrientes y de LAURA DNI N° ., nacida el 23 de diciembre de 1975, de estado civil: casada, de nacionalidad colombiana, domiciliada en calle. de la ciudad de Goya, Provincia de Corrientes, 2°) LIBRAR oficio al Registro Civil y de Capacidad de las Personas. Dese facultades al letrado interviniente.

3°) REMITIR copia de la presente al Observatorio de decisiones judiciales del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, para ser enviada a la Junta Federal de Cortes, en el marco del Acuerdo No 14/20 -Adhesión al Protocolo del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género-; incluyendo la presente en el ítem "Derecho a la Igualdad de Género"; preservando la identidad de las partes.

4°) COSTAS a las peticionantes de la acción.

5) DIFERIR la regulación de honorarios para cuando sea solicitada y el profesional interviniente acredite su condición ante Afip.

6) REGISTRESE, insértese, notifíquese.