

**G. E. N. C/ Q. S. G. M. S/ ACCIONES DE
RECLAMACION DE FILIACION**

Exp: LZ-3951-2017

Juzgado de Familia N° 9 – LZ

Reg. Sent. Def. N°: 8/2021

(a.s.)

En la ciudad de Lomas de Zamora, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20 y 3975/20), reunidos en Acuerdo ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores **Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño** con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa **LZ-3951-2017**, caratulada: "**G. E. N. C/ Q. S. G. M. S/ ACCIONES DE RECLAMACION DE FILIACION**"; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

—C U E S T I O N E S—

1º.- ¿Es justa la sentencia dictada?

2º.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Código Procesal), arrojó el siguiente orden de votación: doctores **Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño**.

—V O T A C I O N—

A la primera cuestión, el Dr. **Carlos Ricardo Igoldi** dice:

I. El señor Juez titular del Juzgado de Familia N°9 departamental dictó sentencia a fs. 107/110 rechazando la demanda por filiación promovida por la Sra. E. N. G. contra la Sra. G. M. Q. S.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 111 por la Asesoría de Incapaces N°3 de este Departamento Judicial.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, con fecha 27 de Mayo de 2020 expresó agravios la Sra. Asesora de Incapaces.

Con fecha 1 de Julio de 2020 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.

II. DE LOS AGRAVIOS.

La Titular de la Asesoría de Incapaces Nro 3 Departamental — en representación de los niños B.Q.S. y G.Q.S.— se agravia de la sentencia dictada por considerar que no se ajusta a la realidad y al interés superior de sus representados.

Disiente con el resultado final al que arribara el sentenciante de grado, considerando que si bien no se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre exigido por el ordenamiento legal vigente, la voluntad procreacional ha sido debidamente acreditada con la prueba producida en autos.

Alude que es la voluntad procreacional el elemento determinante de la filiación en los tratamientos de reproducción humana asistida.

Señala que de las constancias de autos se constata el interés, voluntad y participación activa de la accionante en la vida cotidiana de los niños inclusive en los pasos previos a su gestación, por lo que privarla de ejercer el rol parental atentaría contra el interés superior de sus representados.

Pone de relieve que cuestiones de esta índole encuentran especial sustento en el orden público familiar, ponderando el derecho a

fundar una familia, a su reconocimiento y protección (art. 17 y 17.2 Convención de los Derechos Humanos, art. 14 CN).

III. ANTECEDENTES DEL CASO.

En su hora, se presentó la señora E. N. G. promoviendo demanda de filiación contra la señora G. M. Q., solicitando en consecuencia se reconociera su vínculo filiatorio con relación a los niños B.Q.S. y G.Q.S..

En sustancia, refirió que con la demandada entablaron una relación afectiva desde el año 2002, comenzando a convivir en aparente matrimonio a partir del año 2005. Sostuvo que luego de muchos años de convivencia decidieron tener hijos, comenzando a informarse respecto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Indicó que tanto ella como su pareja acudieron al Instituto Médico H. a fin de concebir a sus hijos, afirmando que siempre asistieron a todas las reuniones informativas previas a iniciar el tratamiento, como así también a las consultas indicadas por los médicos intervinientes y que nunca le informaron pese a conocer su relación que tenía que firmar algún tipo de consentimiento.

Corrido el traslado de demanda, la Sra. G. M. Q. S. la contestó allanándose a la pretensión esgrimida por la accionante (vr fs.27/28). La Asesoría de Incapaces dictaminó señalando que no resulta procedente el allanamiento formulado, en tanto la pretensión deducida se encuentra estrechamente vinculada con el orden público, por lo que consideraba que debía continuar el trámite de las actuaciones según su estado. Adhirió y ofreció prueba (vr. 31).

Llevada a cabo la totalidad de la prueba ofrecida y celebrada la audiencia de vista de causa se dictó sentencia rechazando la acción iniciada, cuestión que viene recurrida ante esta Alzada (vr. fs.102/103, fs. 107/109).

IV. CUESTION PRELIMINAR



Es sabido que el 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

Que en esta tarea, el artículo 7 del ordenamiento vigente dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada recurrida la sentencia que rechazara la filiación reclamada por la Sra. E. N. G., resultante de un proceso de fertilización asistida llevada a cabo –según sus dichos- en forma conjunta con la Sra. G. M. Q. S.

En lo que interesa para este punto, corresponde señalar que se aprecia de las constancias reunidas en autos que dicho procedimiento médico fue realizado en forma anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley (13/03/2015, fs. 77), aunque sus efectos más relevantes se produjeron con posterioridad, tal como el nacimiento de los niños B.Q.S. y G.Q.S. acontecido el día 13/11/15.

De modo que resulta entonces importante precisar la ley que regirá el caso, pues se trata de una situación jurídica no contemplada en la anterior normativa. Así, explica Kemelmajer de Carlucci que “(...) en opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (...) por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal, es de aplicación inmediata el art. 577.” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2015, p.143). Es decir, que conforme lo

señalado, el presente caso ha de analizarse bajo la óptica del nuevo ordenamiento puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia del mismo.

V. CONSIDERACION DE LAS QUEJAS.

i. Cabe comenzar puntualizando que el artículo el artículo 562 del Código Civil y Comercial establece que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportados los gametos".

Ahora bien, la normativa introducida por el nuevo digesto señala como elemento determinante de este tipo filial la existencia del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, no puede dejar se observarse que dicho elemento es la consecuencia material de la existencia de una voluntad procreacional o voluntad parental anterior. Es decir, que en los procesos como el presente deben existir dos elementos, que si bien se encuentran estrechamente vinculados, presentan distinta naturaleza. Así, podríamos considerar a la voluntad procreacional como el elemento subjetivo presente en el proceso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), mientras que el consentimiento informado constituye su materialización formal, es decir, consiste en el elemento objetivo.

En este sentido se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos. Lo que nadie puede suplir en cada caso concreto para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca,



causa suficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella, ese hijo no hubiera nacido. (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en AA. VV., Comentario del Código Civil, cit. en Técnicas de Reproducción Humana Asistida, HERRERA, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p.486).

Es que en este tipo filial, la voluntad procreacional adquiere especial relevancia, que lo coloca por encima del elemento biológico. Por ello, se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria o voluntad procreacional. “Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo” (LAMM, Eleonora, La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, Revista de Bioética y Derecho N°24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, ps. 76-91).

Entiendo que en el caso de autos se halla acreditada la voluntad procreacional de la Sra. G. Es que resultan contestes los testimonios obrantes a fs. 102/103 en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la Sra. Q. S. en ser progenitoras de los niños B.Q.S. y G.Q.S. Así, la testigo C. declaró que las partes son pareja desde hace 13 años y que sabía de sus planes de someterse a las TRHA, agregando que “hicieron dos tratamientos y el tercero le salió bien.”. En igual sentido, la testigo B. manifestó que la Sra. G. conocía la realización de este tratamiento y que el mismo formaba parte de un proyecto familiar. Lo mismo fue expuesto por la testigo P.

A su vez, este deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado. Por su parte, la perito psicóloga informó que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. S. habrían presentado un deseo de compartido de tener hijos y ambas vendrían desempeñando con los niños de autos los roles parentales” (fs.82 vta.). A su turno, la trabajadora social señaló que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. se encontrarían en pareja hace 13 años encontrándose en la actualidad

casadas legalmente. Ambas coinciden en que habrían anhelado formar la familia que hoy conforman” (fs. 85 vta.) .

En consecuencia, tengo para mí que del material recabado en los presentes surge claramente que las Sras. G. y Q. S. conforman un vínculo familiar estable y que en las mismas ha existido el deseo y voluntad de tener hijos. Es decir, entiendo que el elemento volitivo ha existido en el proyecto familiar de las peticionantes, lo que me convence de la existencia de la voluntad procreacional necesaria para el tipo filial en estudio.

ii. Ahora bien, presente la voluntad procreacional, resta analizar lo conducente con relación al consentimiento previo, libre e informado. Como he dicho precedentemente, este consentimiento constituye el elemento material que exterioriza la voluntad procreacional de quienes se someten a la práctica de las TRHA. Se trata de un derecho humano fundamental que consiste en “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como medicamento aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto.” (HIGHTON, Elena I., y WIERZBA, Sandra M., La relación médico-paciente; el consentimiento informado, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p.1).

Ha de destacarse que en el caso de las TRHA el consentimiento informado cumple una doble función: Por un lado constituye un acto personalísimo por el cual el usuario de la TRHA decide someterse a ella, y por el otro, es el documento formal por el que se instrumenta la voluntad procreacional e instituye la filiación derivada de estas técnicas. Es decir, se trata de un elemento formal que además de ser previo, libre e informado debe cumplir con otras características como son: ser personal, específico, actualizado, manifiesto o expreso, etc.

En cuanto a ello, y en virtud de la asimetría existente en la relación médico-paciente se ha señalado que es el profesional quien debe tener en cuenta las circunstancias de los pacientes, debiendo personalizar la información teniendo una comunicación abierta y sincera. "Lo ideal sería que



la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada personas en particular con base en su caso concreto y no se trate de un simple formulario preimpreso." (RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana, "La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercia de la Nación, RDF N°68 (marzo 2015), Abeledo Perrot, p.136).

En igual sentido se destacó que de conformidad con la ley 14/2006 se exige a los médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan las TRHA informen previamente de las consecuencias de ellas, de sus posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios.

En el caso de autos, la Sra. G. manifestó que en ningún momento se les informó que ella también debía firmar algún tipo de consentimiento (fs. 19 in fine). A su turno, el Instituto Médico H. informó que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen fue firmado únicamente por la Sra. Q. S.

En síntesis, el tema a decidir lo constituye el hecho de si teniéndose acreditada la voluntad procreacional, el requisito del consentimiento informado puede ser suplido por la presente.

Y en esta línea cabe recordar que al momento de la práctica (13/03/15) no se encontraba aún vigente el Código Civil y Comercial, ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado, por lo cual este requisito no era, en ese momento, exigible a las usuarias. En este sentido, en un interesante precedente se sostuvo que "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.” (Juzg. De Flia. N°2 de Puerto Madryn, in re “L., M. de los Á. y P., A. M. J. s/Medida Autosatisfactiva”, RSD 96, 2016).

Asimismo, la doctrina destaca que es sabido que antes del CCyC la mayoría de los centros médicos no involucraban —erróneamente— a la pareja mujer de quien se sometía a técnicas de reproducción, en especial cuando ésta no aportaba material genético, aunque la voluntad procreacional estaba presente *de facto*. (HERRERA, Marisa, Técnicas de Reproducción..., ob. Cit., HERRERA, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p.580).

A ello debe sumarse que, en este caso particular, el consentimiento informado agregado a fs. 68/76 presenta —además— importantes falencias en virtud de la trascendencia del acto que pretendía respaldar. Así, es fácil observar que se trata prácticamente de un formulario de adhesión tipo, con espacios en blanco que no han sido completados, y redactado para ser suscripto por “parejas” sin aclarar en ningún punto cuando lo suscribe una sola persona. A ello ha de agregarse que de la historia clínica acompañada por el mismo centro médico, surge en el detalle de la evolución información sumamente confusa, en cuanto al estado civil de la Sra. Q. S., indicando en alguna oportunidad “sin pareja” (fs.60) mientras que en otras parecería surgir lo contrario.

Ante ello, y reiterando que el consentimiento informado se trata de un derecho humano del paciente, formal, específico y, naturalmente, circunstanciado, por lo que debe tener en cuenta las características especiales de la persona sometida a tratamiento y todo lo relativo a la misma, debiendo incluso señalarse e informarse a la paciente todo lo concerniente a la filiación que ha de surgir en virtud del mismo; es que entiendo que el genérico agregado en autos no cumplió adecuadamente esa finalidad, permitiendo incluso presumir la existencia de información allí no contemplada ni consignada.

Por lo expuesto, estimo que no puede hacerse recaer sobre la peticionante un requisito que no era legalmente exigible al momento de



iniciarse la práctica a la que fuera sometida —por no encontrarse previsto en la legislación vigente a este tiempo—, ni tampoco, y en especial, sobre los niños B.Q.S. y G.Q.S. las consecuencias derivadas de la inexistencia de un consentimiento real y adecuadamente informado.

III. Por último, no puede dejar de destacarse que en todo proceso en que se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, el norte que debe guiar la decisión es su superior interés (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298). Este principio fundamental debe ser entendido como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" (Conf. art.3 ley 26.061).

En el tema que nos ocupa, se encuentra en juego el derecho de identidad de los niños B.Q.S. y G.Q.S., por cuanto los mismos merecen poder acceder a la información adecuada sobre su origen. Como es sabido, el derecho a la identidad comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido, se ha señalado que posee una faz estática y una faz dinámica: la primera se refiere al origen genético-biológico de la persona, y la segunda, en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial. (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997, Comisión 1).

Se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento convencional (conf. art. 7 CDN) y que en sentido amplio excede al factor biológico. Así se sostiene que "la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos (...)" (UNESCO, Decl. Internacional sobre Datos Humanos (UNESCO, 2003). Aprobada y adoptada en la 32a. Asamblea General de la UNESCO, 16/10/2003).

En el caso particular de las TRHA se produce una disociación entre los elementos genéticos, biológico y volitivo, por lo cual garantizar el

derecho a la identidad implica asegurar al niño nacido su verdad genética, biológica y voluntaria.

Por lo expuesto, entiendo que en el caso de mantenerse el rechazo de la acción intentada se estaría afectando el derecho de los niños B.Q.S. y G.Q.S a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial. Extremo este al que entiendo, en el caso de autos, se debe agregar su derecho a conocer quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen a saber que han sido deseados por las peticionantes.

IV. Por los fundamentos señalados, y si mi voto es compartido, propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios, admitir la pretensión deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G.Q.S. y B.Q.S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC.

En base a estas consideraciones,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma primera cuestión, el **Dr. Javier Alejandro Rodiño**, por consideraciones análogas, adhiere también **VOTA POR LA NEGATIVA.**

A la segunda cuestión, el **Dr. Carlos Ricardo Igoldi** dice:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los G.Q.S. y B.Q.S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el

apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. **ASI LO VOTO.**

A la misma segunda cuestión, el **Dr. Javier Alejandro Rodiño**, por compartir fundamentos, **VOTA EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente,

—SENTENCIA—

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe revocarse, admitiendo en consecuencia la demanda, con el alcance indicado. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y **CITAS LEGALES**

I.- Revócase la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G.Q.S. y B.Q.S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes..

II.- Impónese las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.)-

III.- Difiérase la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE ELECTRONICAMENTE (art. 135 del CPCC.; art. 11 de la Ac. 3845/17 de la SCBA., t.o. según Ac. 3991/20 de la SCBA.). Oportunamente, DEVUELVA SE. (SCBA., Ac. 3975/20 y Res. 480/20 y ampliatorias)



241900312026665814

JAVIER ALEJANDRO RODIÑO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS RICARDO IGOLDI
JUEZ DE CAMARA

GERMAN PEDRO DE CESARE
SECRETARIO

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 11/02/2021 18:23:56 - RODIÑO Javier Alejandro - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/02/2021 21:00:00 - IGOLDI Carlos Ricardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/02/2021 21:11:34 - DE CESARE German Pedro - SECRETARIO DE CÁMARA



241900312026665814

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LOMAS
DE ZAMORA**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS