

N° 3122 Rosario, 13 de octubre de 2017.-

**Y VISTOS:** los presentes caratulados: “XXXXXXXXX S/FILIACION POST MORTEM”,

**Expte. N° xxxxxx** de los que resulta:

Que a fs.10/14 comparece la Sra. MVM en representación de sus hijos menores de edad, LM y VM, e inicia demanda de reclamación de filiación extramatrimonial postmortem, persiguiendo el emplazamiento de los niños como hijos de la Sra. S.G., quien falleciera el día 1° de noviembre de 2012, contra sus herederos y/o sucesores.

Que refiere que junto con la Sra. G., formaron una familia homoparental, a partir de una relación de pareja que iniciaron en el año 1992 hasta el fallecimiento de S..

Que afirma que al poco tiempo de iniciar la convivencia, quisieron tener hijos, motivo por el cual, en fecha 6 de febrero de 2002, concurrieron a la consulta del Dr. Gabriel Fiszbajn, médico integrante del CEGYR de la Ciudad de Buenos Aires, para la realización de tratamiento de baja complejidad con semen de donante anónimo; que como consecuencia del procedimiento realizado en el mes de abril de 2002, en fecha 6 de diciembre de 2002 nacieron los hijos V. y L. M., los cuales fueron inscriptos como hijos de madre soltera por no existir por ese entonces otra opción legal; que no obstante esa circunstancia, desde su nacimiento la Sra. S. G. le dispensó a los niños trato filial como progenitora.

Que señala que la relación que unía la Sra. M. y la Sra. G. no contaba con ninguna protección, lo cual no impidió que su familia fuera una realidad, a pesar de la falta de regulación de la uniones homosexuales.

Que en el año 2010 cuando salió la ley de matrimonio igualitario, comenzaron a hacer planes de casarse, pero querían que los niños sean más grandes, para que pudieran vivir plenamente ese momento; que en ese momento, aún estaba pendiente la resolución de la filiación de los hijos de las parejas de mismo sexo, nacidos con anterioridad a la ley. Recién en setiembre de 2012, por directiva del Registro Civil de Santa Fe, se pudieron comenzar a realizar los reconocimientos de los hijos por parte de mujeres no casadas; que de esa posibilidad tiene conocimiento en octubre de 2012, empero cuando estaban juntando toda la documentación para realizar el trámite, S. G. fallece de muerte súbita el día 1° de noviembre de 2012.

Que destaca que sus hijos crecieron bajo la situación de estado que S. era su otra mamá, Tati la llamaban los niños; que ella nunca negó su filiación con sus hijos y les dispensó trato de hijos y les proveía todo lo necesario para su crecimiento y subsistencia.

Que esta situación era conocida por los familiares de ambas, que concurrían al departamento en el que ellas habitaban; S. se ocupaba de retirar a los niños de la escuela, asistir a las reuniones en general atendía sus necesidades como madre que era; la manutención de los niños estaba principalmente a cargo de S., quien tenía sueldo fijo por su

trabajo como empleada municipal.

Que el trato de hijo que les dispensaba S. era público y que cuando tomaron conocimiento que era posible realizar el reconocimiento de los niños, empezaron a juntar la documentación, quedando inconcluso a raíz de su fallecimiento.

Que afirma que con la presente acción busca el reconocimiento de la real identidad de sus hijos.

Cita legislación, doctrina y jurisprudencia que entienden avalan su pretensión.

Ofrece la prueba de su parte.

Que a fs. 33 de autos, comparecen la Sra. Maria Rita G. y Florencio Juan G., en carácter de sucesores de S. G.. Expresan que son tios de S. -línea colateral 3° grado-. Afirman que S. G. falleció sin haber contraído matrimonio y haber tenidos hijos. Niegan puntualmente todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda.

Ofrecen la prueba de su parte y fundan en derecho su pretensión.

Que a fs. 40/42 obran constancias de la publicación de edictos convocando a los herederos de la Sra. S. Beatriz G., sin que hayan comparecido otras personas, además de la citada más arriba.

Que a fs. 47 se realiza el sorteo de defensor de oficio, conforme lo dispuesto por el art. 597 C.P.C.C.

Que a fs. 54 el Defensor de Oficio sorteado comparece y contesta la demanda. Formula negativa de los hechos afirmados por la actora. Solicita que las costas por su actuación, sean soportadas por la actora, fundando en doctrina y jurisprudencia su pretensión. Adhiere a la prueba ofrecida por la actora.

Que a fs. 59 la Sra. Defensora General toma intervención y opina que la prueba a rendirse en autos deberá orientarse a acreditar fehacientemente la voluntad expresa de la causante de asumir la relación filial que se le pretende atribuir.

Que a fs. 64 se proveen las pruebas ofrecida y se fija fecha de audiencia de vista de la causa, la cual, luego varias postergaciones se lleva a cabo el día 10 de abril de 2017 -acta de fs. 154.

Que a fs. 155 de autos obra acta de escucha de los niños.

Que a fs. 157 obra dictamen de la Sra. Defensora General, con lo cual los autos quedan en estado de ser resueltos.

**Y CONSIDERANDO:** Que con las Partidas de Nacimientos agregadas a fs. 17 y 18 de autos se acredita que los niños V. M M. y L. D. M., son hijos de M V M., circunstancia que la legitima activamente para demandar en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como lo ha hecho, con la finalidad de lograr el emplazamiento filiatorio de los adolescentes como hijos de de la prefallecida Sra. S. B G., cuya partida de defunción obra reservada en sobre N° 19806/2013.

Que corrido traslado de la demanda, tanto los presuntos herederos de la Sra. G., como el Defensor de Oficio de los eventuales herederos, niegan los hechos afirmados en la demanda, es decir, niegan la voluntad procreacional de la Sra. G. en relación a V. y L. y el trato de hijo que ella le hubiera dispensado.

Que la acción deducida fue iniciada durante la vigencia del Código Civil anterior, empero, en el transcurso de la causa entró vigencia del Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994 que incorpora a nuestra legislación una tercera fuente de filiación, la filiación por técnica de reproducción humana asistida. El art. 562 C.C.C. Dispone “Voluntad procreacional. 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 art. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; más adelante en el art. 575 dispone: “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”.

Que a fin de dar protección legal a aquellas personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida con anterioridad a la entrada en vigencia de Código Civil y Comercial, la Ley 26.944 en el art. 9 dispone normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial y en la cláusula Tercera dispone: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por 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 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 el vínculo filiar con quien dió a luz y siempre que el consentimiento de la otra madre o del padre no figura en dicha acta” (Corresponde al Capítulo 2 del Título 5 del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación)

Que delimitado el marco legal dentro del cual habrán de situarse los hechos invocados, sólo resta merituar si el material probatorio ofrecido y producido en autos es suficiente conforme a las reglas de la sana crítica para considerar que se encuentran reunidos los requisitos legales mencionados más arriba.

Que analizando las pruebas colectadas en autos, el Tribunal no coincide con el dictamen de la Sra. Defensora General, sino que arriba a la convicción que ha sido acreditada en autos la existencia de voluntad procreacional en la Sra. S. Beatriz G., es decir, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación filial, que justamente en el campo de la reproducción humana asistida, es la típica fuente de creación del vínculo, conforme el citado art. 562 del C.C.C en relación a los nacidos, V. y L. M.. Ello surge de la prueba informativa rendida por el médico que tuvo a su cargo el procedimiento de fertilización asistida, el Dr. Gabriel Fiszbajn, obrante a fs. 137, quien afirma que la Sra. G. y la Sra. M. concurrieron juntas a realizar el tratamiento de fertilidad que decidieron

llevar a cabo, considerando que ambas demostraron que tenían voluntad procreacional; destacando que la Sra. G. desempeñó el rol de una verdadera pareja de la Sra. M. y que se consideraba plenamente madre de los hijos de María del Valle M.. Acompaña junto con la respuesta al oficio remitido, copia de la historia clínica de la pareja, que se agrega a fs. 133/136.

Que reforzando dicha voluntad procreacional, resulta importante el testimonio de la Periodista Patricia Barral, que da cuenta de los detalles como llegó a realizar la entrevista a la Sra. S. G., que fue publicada en la Revista Debate del sábado 19 de enero de 2008, cuyo ejemplar se encuentra reservado en Secretaria del Juzgado. En esa nota, la periodista escribe “En Rosario, S. (44) y María (36) tuvieron mellizos hace cinco años. María fue quien llevó la panza después de la inseminación. Tienen 16 años de pareja. Luego cita textualmente a la Sra. G. “Los chicos están absolutamente integrados -cuenta S.- al barrio, a nuestras familia, al jardín y a las familias de los compañeritos. Saben que algunos nenes tienen papá y mamá, otros mamá o papá y otros nada. Les vamos contando cosas a medida que van preguntando. Saben que no tienen papá, que tienen Tati, como me dicen, que cumple el rol que le pusieron ellos, semejantes al papá. A veces jugamos -asesoradas por un especialista- a que un de las dos se va a ir y ellos se re enojan porque dicen que somos una familia, que siempre tenemos que estar juntos. Jamás reclamaron un papá”.

Que asimismo, la voluntad procreacional de la Sra. G. se acredita con la asunción por su parte de las obligaciones propias de una progenitora. En efecto, V. y L. M. gozaron de posesión de estado de hijos; lo cual se acredita no sólo con las declaraciones periodísticas citadas más arriba, sino con las fotografías acompañadas y que fueron reconocidas por los testigos que declararon al tiempo de celebrarse la audiencia de vista de causa, en las cuales se ve a la Sra. G. junto con los niños y la Sra. M., en distintos acontecimientos familiares; como asimismo la respuesta dada por MEDICINA ESENCIAL (fs 75 de autos) de la que surge que la Sra. G. abonaba la cobertura médica de ambos adolescentes, en coincidencia con las copias de las facturas acompañadas a los autos a fs. 3/5; del certificado expedido por la Directora de la Escuela Pedro Goyena, Escuela Fiscal N° 77 de Rosario, en el cual expresa que los niños V. y L. concurren a la escuela y que las Sras. S. Beatriz G. y Maria del Valle M. son las progenitoras de los niños ante la institución; que la Sra. G. asistía a la reuniones, entrevistas, demostrando su responsabilidad para con los niños, como cualquier progenitor de familia homoparental; que atendía el pago de la cooperadora escolar, los talleres a los que asistían los alumnos, compra de libros y otro materiales. Destaca también que presentaban una buena relación filial, basada en el respeto y el afecto familiar.

Que la prueba pericial psicológica realizada en autos y cuyo dictamen obra a fs. 108/109 de autos, también concluye que los niños han construido y mantenido con la Sra. G. un vínculo sólido, de amor, de referencia y respeto para con S..

Que del análisis de la causa y de las pruebas producidas puede concluirse que ha sido acreditada la voluntad procreacional de la Sra. S. B. G., en relación a los niños V. M M. y L. D M., al tiempo de la realización de la técnica de fertilización y mantenida luego de nacimiento de éstos, que se evidenció con la posesión de estado de hijos de ambos. En

efecto, tal como lo ha señalado la doctrina (Herrera Marisa y Lamm Eleonora Una Trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reformas al Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida -Microjuris MJ-DOC-5751-AR MJD5751) la voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza; circunstancias todas acreditadas en autos y que llevan al Tribunal a la convicción que debe hacerse lugar a la demanda instaurada.

Que en cuanto al orden de los apellidos, se tendrá en cuenta, tanto el deseo de los niños, como lo dispuesto por los arts. 64 del C.C.C., manteniendo el apellido M. como primer apellido, agregando como segundo apellido el G..

Que en relación a las costas, serán impuestas a los demandados vencidos (art. 251 C.P.C.C.) sin perjuicio que la actora deberá atender el pago de las costas devengadas por la actuación del Defensor de Oficio, con derecho de repetir lo pago de los condenados en costas.

Que en virtud de lo expuesto y de conformidad a lo previsto por art. 9 cláusula 3° Ley 26.944; art. 562, 575 y concordantes del C.C.C., art. 3.1 C.D.N., el **Tribunal Colegiado de Familia de la Cuarta Nominación FALLA:** 1) Haciendo lugar a la demanda declarando que V. M. M., D.N.I. N° xxxx, nacida en Rosario el 6 de enero de 2003, inscripta bajo acta N° xxxx Tomo xx, Año xxxxx, Registro Civil de Rosario, 7ª Sección ROSARIO y L. D.M., D.N.I. N° xxxx, nacido en Rosario el 6 de enero de 2003, inscripto bajo acta N° xxx, Tomo I, Año xxxx Registro Civil de Rosario, 7ª Sección ROSARIO, son hijos de M.V.M. y de S. B. G., D.N.I. N° xxxxx, ordenando oficiar al Registro Civil correspondiente para que mediante nota de referencia a esta sentencia emplace a los adolescentes con tal filiación y con el nombre de V. M. M. G y L. D. M. G.. 2.- Imponiendo las costas a los demandados vencidos (art. 251 inc. 1° C.P.C.C.), sin perjuicio de ello y del derecho a repetir lo pagado, la actora deberá atender el pago de las costas generadas por la intervención del Defensor de Oficio. 3.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que acrediten su situación ante la A.F.I.P.

Insértese, déjese copia en autos y hágase saber.