

TOMO LXXXI - SENTENCIA
REGISTRO N° 2993
FOLIO N° 156/166
PROT. ELECT. A101 22 S.141

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la provincia de Santa Cruz, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil catorce se reúne la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, Secretaría N° Uno, integrada por los señores Jueces Subrogantes Dr. Carlos E. Arenillas y Dr. Francisco V. Marinkovic, con la Presidencia de la Dra. Reneé G. Fernández, para dictar sentencia en los autos caratulados: "A..... O..... s/Adopción Plena", Expte. N° A-1.353/12 (14.329/13), venidos del Juzgado de Primera Instancia Número Uno en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Familia con asiento en la ciudad de El Calafate en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensoría Pública de El Calafate en representación de la niña O.....a fs. 100/103 vta., contra la sentencia de fs. 89/93 vta. Se fija el siguiente orden de consideración: 1°) Dra. Reneé G. Fernández, 2°) Dr. Francisco V. Marinkovic, 3°) Dr. Carlos E. Arenillas y las siguientes cuestiones a tratar: **Primera cuestión:** ¿Es justa la sentencia apelada?, **Segunda cuestión:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? - - - -

----- A la primera cuestión la Dra.

Fernández dijo:

I.- Llegan los presentes autos a tratamiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 100/103 vta. por la Defensora Pública de El Calafate en nombre y representación de la niña O-...., contra la resolución de fs. 89/93 vta.-

II.- Sentencia.-

La sentencia de la anterior instancia hacer lugar a la acción entablada por las Sras. X y Y. y otorga a la Sra. X. la adopción plena de O. A., con efecto retroactivo al 16 de febrero de 2012, con salvedad que el vínculo filial entre la madre biológica Y..... y O.... no resulta afectado por la adopción, haciéndolo extensivo a la familia de origen de la Sra. Y.....; declara la inconstitucionalidad de los arts. 313 in fine y 323 apartado II del Código Civil; ordena la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; impone las costas a las accionantes; deja constancia que conforme el art. 321 inc. h de la ley 24.779 las peticionantes han asumido el compromiso en cuanto revelar la realidad biológica de la menor .-

III.- Agravios.-

La recurrente al momento de expresar agravios solicita se deje sin efecto la resolución apelada en cuanto impide a la niña O., “poder lograr la conservación de los datos correspondientes a su origen biológico paterno (pido se ordene a quien correspondiere se conserven los datos del donante anónimo de gametos masculinos respecto de la niña) y se dicte resolución declarando la validez del derecho de la pequeña a conocer su identidad y al pleno ejercicio de su derecho a la identidad, permitiéndole a futuro y si la misma lo cree necesario, acceder a los datos necesarios con fines médicos o de conocimiento exclusivamente, excluyéndose cualesquier vinculación de otro tipo, respecto del donante anónimo de gametos que coadyuvara en la concepción de la misma.” (v. fs. 100).-

Solicita la nulidad de la sentencia apelada por violentar derechos constitucionales.-

Agrega que le causa agravio que la decisión apelada considere sólo la tesis restrictiva existente en la doctrina, sobre el necesario conocimiento que deben tener los niños concebidos por técnicas de reproducción asistida, como el caso de autos. En tal sentido se queja que se diga que “... la concepción heteróloga se rige fundamentalmente por las reglas del anonimato...” y parece ser que dicha cuestión está por encima del derecho y superior interés del niño.-

Añade que resulta ilógico y antijurídico contraponer el interés del donante y banco genético por sobre la niña, siendo que el derecho y en este caso la convención de Derechos del Niño, poniendo el derecho de O... a conocer su origen y por ende su derecho a la identidad por encima de Cryobank o quien sea donante. Cita jurisprudencia del T.S.J. al respecto. Refiere a lo dicho por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci al presentar en El Calafate el nuevo Código Civil y Comercial. Cita a la autora Mercedes Ales Uria respecto del Régimen de los Menores de Edad.-

Sigue diciendo que resultaría inconstitucional e ilegítimo admitir que por una cuestión procesal no explicitada suficientemente se supriman derechos fundamentales que deben ser dirimidos en causas adoptivas como el derecho a la identidad de la niña O.... y su derecho a conocer, cuando a ella le plazca, su origen biológico. De esa manera se preservará el principio liminar en el cual toda niña sea parte, cual es el interés superior de la misma, que debe estar siempre por encima de cualquier otro conflicto de derechos o intereses, máxime cuando el derecho en colisión es respecto de otro adulto u organizaciones de conocida adhesión a principios únicamente económico, por lo cual la acción del

estado debe estar dirigida a proteger siempre los derechos de la niña que es parte del proceso.-

Hace reserva del caso federal. (v. fs. 100/103 vta.).-

Corrido el pertinente traslado, el mismo es contestado a fs. 106/109 vta.-

IV.- Tratamiento de los agravios.-

a) Debe tratarse en primer lugar la nulidad planteada por la Sra. Defensora Pública Oficial de El Calafate, Dra. Ethel Vivian Gassmann, contra la decisión de la Sra. Jueza de la anterior instancia. Cabe señalar que el planteo de nulidad deducido por la quejosa no puede recibir favorable acogida. En el caso, no se da fundamento alguno que justifique la declaración de nulidad aludida. Procede la nulidad procesal cuando se ha dictado una sentencia sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, el recurso se halla limitado por las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo o forma que puedan afectar su validez, debe tratarse de una violación u omisión de carácter grave, capaz por sí misma de poner en evidente peligro el derecho que le asiste al apelante. Es así que no se verifica en el sub examine la configuración de supuestos que habiliten la declaración de nulidad de la sentencia en crisis.-

En este sentido la jurisprudencia nacional ha dicho que: "Si bien es exacto que el recurso de nulidad está involucrado en el de apelación, lo decisivo es que aquél sólo puede ser entendido como relacionado con los vicios de forma de la sentencia, o en cuanto a las solemnidades prescriptas para dictarla (cfr. arts. 160 a 163 del Código Procesal). Su ámbito, por lo tanto, se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, de tiempo o de forma que pudieren afectar a la sentencia (cfr. art. 253 Código Procesal)" (JUBA SUM B250272 CPCB Art. 160 CPCB Art. 161 CPCB Art. 162 CPCB Art. 163 CPCB Art. 253 CC0201 LP, B 67996 RSD-15-90 S 15-2-1990, Juez SOSA (SD), CARÁTULA: Maldonado, Mario c/Cañete, Miguel s/Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: Sosa - Montoto), citado por esta Cámara en Tº LXXXVII - Int. - Rº 8515 - Fº 131/135, del 24/5/06).-

Ello así, los vicios intrínsecos del fallo "... importan vicios de juzgamiento susceptibles de ser corregidos por el recurso de apelación, no correspondiendo decretar la nulidad del fallo, cuando los defectos que se le atribuyen pueden ser reparados a través de la apelación común..." (JUBA SUM B351195 CPCB Art. 253 CC0203 LP, B 71397 RSD-147-91 S 18-7-1991, Juez

PEREYRA MUÑOZ (SD), Carátula: "Jaurena de Vivas Amalia c/Freyre de Murganti María s/daños y perjuicios", Mag. votantes: Pereyra Muñoz - Pera Ocampo). En consecuencia, las manifestaciones vertidas por la agraviada en relación a la nulidad de la sentencia deberán ser meritadas con el conjunto de los agravios, no haciendo lugar al planteo de nulidad deducido.-

b) En segundo lugar, corresponde indicar que la apelante en representación de la niña O. A., de conformidad a la contestación de la vista a fs. 69/72, en lo principal, presta conformidad a la adopción plena e incluso destaca que la redacción del art. 313 y 323 2do párrafo del C.C. resulta inconstitucional, con lo cual entiende que debe hacerse lugar a la petición por ser lo más beneficioso para su representada, con la salvedad que subsista el vínculo de sangre y legal con la madre biológica según lo peticionado en la demanda y reconocido por la doctrina. Lo solicitado en esa oportunidad procesal, en función del derecho y el interés superior del niño, fue que la menor tenga el derecho a conocer su realidad biológica completa, el derecho a la identidad y a conocer su origen, oficiando al banco genético y al Dr. O... para que aporten la información a la niña si así lo requiriese, en el momento oportuno, su filiación biológica parental.-

Si nos remitimos a la demanda incoada como a la contestación del traslado de las cónyuges a fs. 106/109 y vta., si bien se oponen a la apelación interpuesta por la Sra. Defensora por los mismos fundamentos, entienden que no existen intereses contrapuestos, porque han ponderado el interés superior de su hija O., -invocando el derecho a la verdad y el derecho a la identidad biológica, distinguiendo la identidad volitiva, biológica y genética-. Afirman que asiste derecho a su hija a acceder a la información sobre el donante, pero que dicho derecho podrá ejercerlo en su mayoría de edad o madurez suficiente, cuando ella lo crea conveniente o cuando circunstancias médicas así lo ameriten. Indican que este derecho excede de su tratamiento en esta instancia, puesto que no se cuestiona el derecho a la identidad, en todo caso resultará de un derecho de su hija en el momento oportuno o, como lo indica la Defensora Pública Oficial en aquellos casos en que pudiera ser necesario por cuestiones de salud, destacando que todos los operadores intervinientes están de acuerdo con su pretensión y que jamás se le ha negado a O. el derecho a acceder a la información de su origen, sino lo que se pretende es que en todo caso se recurra al ejercicio del derecho de acceso a la información en el caso oportuno y en exclusivo interés y beneficio de la menor.-

Dicen las Sras. X y Y que para obtener información no identificatoria del donante, como ser datos relativos a la salud, bastará que O. concurra directamente ante el centro de salud que intervino en la técnica médica, en el momento que desee por sí o por intermedio de sus representantes legales, mientras que para acceder a información identificatoria del donante podrá hacerlo ante un requerimiento puntual si hay razones a valor del juez que intervenga en el pedido. Añadiendo que para que la menor haya podido nacer se le prometió confidencialidad al donante y existen vínculos jurídicos que exceden el pedido de adopción plena de O. (vínculo entre el donante anónimo y el centro médico y vínculo entre el centro médico y las madres biológicas y adoptivas) que exceden a este proceso.-

De lo expuesto, surge claramente e incluso trasunta en estas actuaciones el profundo amor de sus progenitoras, lo que esta Alzada debe dirimir es si judicialmente debe ordenarse al banco genético la conservación de los datos correspondientes al origen biológico paterno de la niña, para que pueda hacer valer su derecho a la identidad, con fines médicos o de conocimiento exclusivamente, excluyéndose cualquier vinculación de otro tipo respecto del donante anónimo de

gametos que coadyuvara en su concepción, respetando los derechos constitucionales de la menor y el anonimato del donante.-

Para adentrarnos a la cuestión, no podemos desconocer que desde la segunda mitad del siglo XX se han realizado numerosos descubrimientos científicos relacionados con la reproducción humana que han incidido en el Derecho de Familia, tales como las pruebas biológicas que han permitido determinar la paternidad discutida, que encuentran su base en el gran movimiento de reforma de la filiación desarrollada en los países occidentales en ese momento, donde encontramos la procreación humana asistida, como técnica innovadora, aislando el aparato reproductor de la sexualidad, planteando una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. Así se distingue entre la inseminación artificial, que consiste en transferir semen a la mujer produciéndose luego la fecundación, de la fertilización in vitro, donde el embrión se forma fuera del seno materno. Ambas pueden ser homólogas, siendo los gametos de la pareja, o heterólogas cuando el óvulo, los espermatozoides o ambos pertenecen a terceros. En este último caso se plantea el conflicto de dos intereses: el derecho a la identidad biológica del niño y el de la privacidad del donante.-

Entonces, lo referido a la persona como sujeto social es de vital importancia, porque ante los avances científico tecnológicos nos replanteamos las definiciones éticas, religiosas, sociales, jurídicas, económicas y políticas, en relación con la identidad humana. Por ello considero que más que donación se debe hablar de dador, porque no se trataría de aquel contrato propiamente dicho, por no reunir sus características básicas, siendo preferible hablar de “dador” y no de “donante” y que estas técnicas deben orientarse hacia una meta humanizante y dignificadora, reconociendo al progreso científico como un medio y no un fin. Este último debe ser el bien del hombre integral, pues no todo lo científicamente posible es éticamente admisible o socialmente deseable, lo cual ha generado distintas corrientes doctrinarias con relación al anonimato o no del dador.-

Así, una corriente sostiene que debe mantenerse el anonimato del dador, a efectos de dar seguridad acerca de que el mismo no tendrá que enfrentar futuras acciones filiatorias y consecuentemente alimentarias o sucesorias. Se protege su derecho a la intimidad y privacidad, se evita el desaliento a la dación que se generaría con la individualización de su identidad, y por último, se fundamenta en las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría traer al niño conocer su identidad biológica, dejando la posibilidad de

conocerla en caso de necesidad terapéutica. Esta corriente predomina en la doctrina italiana, francesa y algunos proyectos de nuestro país (Laferriere-Storani).-

La otra corriente argumenta que por sobre el anonimato prevalece el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica y la identidad de sus padres genéticos, sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. Esta doctrina se corresponde a la española, alemana y norteamericana.-

También hay una solución brindada por la doctrina y algunos proyectos de ley respecto de la posible acción de filiación contra el dador, sosteniendo que se debería asimilar esta situación a la de la adopción plena, donde los adoptados pueden acceder al expediente para conocer su origen biológico a partir de los dieciocho años.-

Ahora bien, en nuestro país no existe un criterio predominante sobre el tema, lo que nos obliga a analizarlo de acuerdo a la legislación vigente, así tenemos que la filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino del grupo familiar integrado además, por los hermanos, abuelos y tíos, ello permite identificarse y

determinar los derechos y obligaciones dentro del orden genealógico familiar, construyendo vínculos afectivos necesarios para su desarrollo.-

Si bien la identidad no es sólo la biológica, sino que existe también la social, que surge del contexto en que crece y se desarrolla el niño como asimismo su vida de relación. El menor tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos, desconocer ese derecho implica entrar en contradicción con los derechos humanos fundamentales. El desconocimiento de los orígenes puede causarle graves perjuicios psicológicos, pero además, la imposibilidad de contar con un registro de las enfermedades y otros antecedentes de sus familiares biológicos.-

La realidad demuestra que en general son los hijos los que buscan a sus padres biológicos; es una necesidad del ser humano saber cuáles son sus orígenes; por qué nacieron y todo lo que significa pertenecer, identificarse. Hasta los hijos que viven con sus familias de origen preguntan, averiguan todo sobre sus antecedentes, aún cuando se da por sentado que los conoce por haber nacido en el seno de la misma.-

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no hay una regulación legal sobre la procreación humana asistida, aunque existen varios

proyectos. Es por ello que a fin de resolver la cuestión traída a examen en esta Alzada deben necesariamente respetarse los principios y garantías constitucionales reconocidos expresa e implícitamente por la Constitución Nacional (cfr. arts.14 y 33) y los explicitados en la Convención Americana de los Derechos Humanos (cfr. art.75, inc. 22; ley 23.054) a saber: derecho a la vida (cfr. Convención art.4 ap. 1), a la protección de la honra y la dignidad (cfr. Convención art.11, ap. 1) y al protección de la familia (cfr. Convención art. 17 ap. 1), así como los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y que debe resaltarse que los vínculos entre el donante anónimo y el centro médico y el vínculo entre el centro médico y las madres biológicas y adoptivas, como expresan las Sras. X y Y., no es tema de decidir en esta Alzada y que el ejercicio de éstos derechos por parte de O., no causa perjuicio alguno a esas relaciones jurídicas.-

Atento a ello, no existe obstáculo en conocer sobre el planteo efectuado por la Sra. Defensora Oficial.-

De conformidad a lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios

otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. También refiere a la existencia del derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. Se desdobra el derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste, transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que decodifican el mensaje genético. (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs. Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122-Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano

sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12, 13 y 17- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs. Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112.).-

Esto implica que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente, además, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera. Y el mismo Comité reconoce que: “la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica”.-

Es decir que, cuando haya alguna diferencia o conflicto de derechos, es el interés superior del niño el que debe prevalecer, consagrado en la Convención y en las nuevas leyes de infancia.-

En consecuencia, no es posible desconocer el derecho del niño a conocer quién es su progenitor desde el punto de vista genético ya que resulta ilógico que al hijo adoptado se le permita conocer sus orígenes sin alterar su status de hijo adoptivo, y no así al concebido por estas técnicas. Por ello, considero que la niña O.. tiene derecho a acceder a los registros que deben existir sobre el dador de gametos masculinos. Sin perjuicio que la niña cuenta con la progenitora biológica y con la madre adoptiva, generándose una realidad diferente, con lo cual quienes tuvieron una hija, la crían, educan, le brindan el amor que necesita para crecer y desarrollarse en forma sana y feliz, no pueden ser desplazadas por quien aportó el material genético, pero debe respetarse la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho de la niña a crecer en un ambiente familiar, en donde se respete su identidad, como un derecho subjetivo que se reconoce a todo ser humano.-

Voto, pues, a la primera cuestión PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.-----

----- A la primera cuestión el Dr. Marinkovic dijo:

I.- Coincido con el relato de los hechos realizado, disiento sin embargo, con la opinión de mi distinguida colega preopinante.-

En efecto, al momento de resolver la cuestión, la a quo sostiene que no es el objetivo del trámite de adopción debatir cuestiones referidas al deber de preservación de los datos del donante de espermatozoides que aportara el material genético para concebir a O. Agrega que hacer lugar a lo pretendido por la señora Defensora Oficial de Menores de El Calafate, Dra. Ethel Vivian Gassmann, pondría en entredicho los derechos inherentes al Centro C.(la clínica) y al donante, “... vinculados por un acto jurídico, cuyas condiciones en autos se desconocen...” (v. fs. 89/93 vta.).-

II.- En su momento, la Sra. Defensora Oficial, peticionó en los siguientes términos: “... entiendo que la niña O. tiene derecho a conocer su realidad biológica completa, ya que sostener que el donante tiene derecho al secreto violaría el derecho de la niña a conocer su verdadera identidad, y se estaría decidiendo contra la Convención de Derechos del Niño y demás tratados internacionales de Derechos Humanos receptados por la Constitución nacional en 1994, no existiendo una regulación legal a este respecto en forma clara, se solicita la

averiguación pertinente de los datos de la identidad y conexión parental, bajo estricto secreto que el Juzgado sólo podrá revelar a la niña interesada cuando lo considere conveniente, y a su exclusivo pedido, requiriendo se oficie a quienes se solicita ut supra conforme lo peticionado.” (v. fs. 69/72).-

Ya en la apelación (v. fs. 100/103 vta.) expresa: “... pido se ordene... se dicte resolución declarando la validez del derecho de la pequeña a conocer su identidad y al pleno ejercicio de su derecho a la identidad...”.-

III.- En el caso, es obvio que lo solicitado por la apelante implica un pronunciamiento prematuro sobre el fondo de la cuestión. Se pretende ingresar en un tema que no ha sido debatido y que resulta ajeno al trámite de adopción.-

Aún, si lo analizáramos como si se tratase de una petición cautelar, no se ha demostrado -ni siquiera alegado- que los datos cuya preservación se solicita, se encuentren en riesgo o vayan a ser destruidos, esto es, no existe peligro en la demora.-

IV.- Obran en autos constancias suficientes de que estas madres no tienen intención alguna de escatimar a O.. la verdad sobre su origen. Si la niña desea conocer los datos sobre su padre biológico, podrá hacer valer sus

derechos en el momento en que su madurez se lo permita, a través de un trámite judicial ad hoc que permitirá sopesar los intereses en pugna dentro de un marco adecuado que resguarde el ejercicio del derecho de defensa de la Clínica involucrada.-

Reitero, no existen indicios de un riesgo en ciernes, que permitan dentro del marco de debate en el que nos encontramos, ingresar a tomar decisiones sobre la manipulación de la información de terceros ajenos al proceso y soslayar los derechos de ser oída que tiene C. (la clínica), ya que no se presentan siquiera alegaciones que el derecho a la identidad de esta niña se encuentre en entredicho.-

En este sentido, entiendo acertado el criterio expresado por la progenitora de O. en tanto sostiene que: "... para obtener información no identificatoria del donante, como ser datos relativos a la salud, bastará que O. concurra directamente ante el Centro de salud que intervino en la técnica médica, en el momento que lo desee por sí o por intermedio de sus representantes legales. Mientras que para acceder a información identificatoria, (es decir datos relativos al donante específicamente), podrá hacerlo ante un requerimiento puntal si hay razones, a valor[ar] por el juez que intervenga en el pedido. No hay que perder de

vista que para que la menor haya podido nacer se le prometió confidencialidad al donante y existen vínculos jurídicos que exceden el pedido de adopción plena de O. (vínculo entre el donante anónimo y el centro médico y vínculo entre el centro médico y las madres biológica y adoptiva)...” (v. fs. 106/109 vta.).-

V.- Por ello, y habiéndose cumplimentado con la intervención del Sr. Agente Fiscal ante esta Cámara a fs. 116/117 y del Defensor Público Oficial ante este Cuerpo a fs. 120 y vta., entiendo que el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora Oficial de El Calafate, Dra. Ethel Vivian Gassmann, debe ser rechazado dejando a salvo el derecho que le asiste de iniciar -por la vía procesal que estime pertinente- una acción tendiente a preservar los datos del padre biológico de O., en caso que constate que existe un riesgo cierto de su destrucción.-

Las costas de esta instancia deben imponerse por su orden en razón de que la señora Defensora Oficial de El Calafate, actúa en cumplimiento de sus deberes de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley Uno y de lo novedoso de la cuestión debatida (cfr. art. 68 último párrafo del C.P.C. y C.); difiriendo la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior. (cfr. art. 24 de la ley 3330).-

Por lo expuesto, voto a la primera cuestión por la AFIRMATIVA.-----

----- El Dr. Arenillas a la primera cuestión dijo:

I.- Voy a coincidir con la opinión de mi distinguida colega, la Dra. Fernández en la solución del caso, señalando sólo algunos aspectos más que no contradicen, en modo alguno, la esencia de su voto, a fin de poder conformar debidamente la mayoría en este caso, teniendo en cuenta la disidencia del también distinguido Dr. Marinkovic.-

II.- En primer lugar, quisiera señalar que creo firmemente que existe, en nuestro ordenamiento jurídico general, supra legal, un verdadero **derecho humano a conocer el origen biológico o genético, así como el derecho a establecer vínculos de filiación** (esto último no en nuestro caso).-

III.- Ese derecho en potencia que tiene O. sólo se puede concretar, obviamente en el futuro, y de acuerdo a decisiones de vida en las que no corresponde intervenir, siempre y cuando se conserven los datos correspondientes a su origen biológico paterno, en el Banco de datos genéticos que intervino en el procedimiento de concepción de O.-

IV.- El sentido de la decisión es simplemente ese, la conservación de los datos del origen biológico de O., de forma tal de garantizar ese potencial derecho que señalamos. Así, dejamos al margen de la decisión los vínculos jurídicos y contractuales preexistentes que permitieron la concepción.-

V.- No se trata de averiguar los datos de origen biológico paterno para este expediente, ni para conocimiento de estos magistrados, se trata simplemente de garantizar, de alguna forma, el derecho potencial de O. a conocer su origen biológico.-

VI.- Esto va en sintonía con el proyecto del nuevo Código Civil, que en su art. 564 establece el derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida, específicamente, el derecho de las personas nacidas a través de estas técnicas: "... a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.".-

A los numerosos fundamentos que conducen a celebrar que nuestro país disponga finalmente de una regulación de la filiación respecto de personas nacidas gracias al auxilio de técnicas de reproducción humana asistida

con material genético proveniente de terceros donantes, cabe agregar otro argumento que frecuentemente pasa desapercibido: la necesidad de dar efectividad al derecho a la identidad.-

Como todos sabemos, un aspecto esencial que integra el derecho fundamental a la identidad es el derecho a conocer los orígenes que hace algunos años calificábamos como "biológicos" y que ahora debemos completar con "genéticos".-

VII.- Aquí queremos asegurar a O. el derecho a conocer, algún día y de acuerdo a su proyecto de vida, quién fue la persona que hizo posible su vida, su existencia, sólo eso.-

Por ello, adhiero al voto de la Dra. Fernández, respondiendo en igual sentido a la primera cuestión.- - - - -

- - - - - A la segunda cuestión la Dra. Fernández dijo:

Atento el sentido de mi voto a la anterior cuestión propongo el siguiente pronunciamiento: 1º) Rechazar el recurso de nulidad planteado por la Sra. Defensora Oficial de El Calafate, Dra. Ethel Vivian Gassmann en representación de la menor O a fs. 100/103 vta.; 2º) Hacer lugar al recurso de apelación planteado por la Sra. Defensora Oficial de El Calafate, debiendo oficiarse

por la anterior instancia al Banco de datos genéticos C (la clínica) y al Dr.
(y/o a quien prosiga con esta labor) ordenando la preservación de datos del dador de gametos masculinos que dieron origen biológico paterno a la menor O., a fin de resguardarse sus derechos conforme los considerandos; 3º) Diferir la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia, hasta tanto se regulen en la anterior (cfr. art. 24 de la ley 3330). Así, lo VOTO.- - - - -

- - - - - A la segunda cuestión el Dr. Marinkovic dijo:

Atento el sentido de mi voto a la anterior cuestión propongo el siguiente pronunciamiento: 1º) Rechazar el recurso de apelación impetrado por la señora Defensora Oficial de El Calafate Dra. Ethel Vivian Gassmann en representación de la menor O. a fs. 100/103 vta.; 2º) Confirmar la sentencia de fs. 89/93 vta., en cuanto ha sido materia de agravios; 3º) Imponer las costas por su orden (cfr. arts. 83 y 84 de la Ley Uno y art. 68 último párrafo del C.P.C. y C.); 4º) Diferir la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia, hasta tanto se regulen en la anterior (cfr. art. 24 de la ley 3330); 5º) Regístrese, notifíquese y devuélvase. Así, lo VOTO.- - - - -

- - - - - El Dr. Arenillas por análogas razones adhiere al voto de la Dra. Fernández.- - - - -

En virtud de lo cual se dicta el siguiente fallo:

Río Gallegos, 20 de mayo de 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede por mayoría de votos y con la disidencia del Dr. Francisco V. Marinkovic, y habiéndose cumplimentado con la intervención del Sr. Fiscal ante este Cuerpo a fs. 116/117 y con la intervención del Sr. Defensor Público Oficial ante este Cuerpo a fs. 120 y vta., la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial,

FALLA:

1º) Rechazando el recurso de nulidad planteado por la Sra. Defensora Oficial de El Calafate Dra. Ethel Vivian Gassmann en representación de la menor O... a fs. 100/103 vta.-

2º) Haciendo lugar al recurso de apelación planteado por la Sra. Defensora Oficial de El Calafate, debiendo oficiarse por la anterior instancia al Banco de datos genéticos C (la clínica) y al Dr. (y/o a quien prosiga con esta labor) ordenando la preservación de datos del dador de gametos masculinos que

dieron origen biológico paterno a la menor O., a fin de resguardar sus derechos conforme los considerandos.-

3º) Difiriendo la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia, hasta tanto se regulen en la anterior.-

4º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

RENEE G. FERNÁNDEZ

PRESIDENTA

CARLOS E. ARENILLAS

JUEZ SUBROGANTE

FRANCISCO V. MARINKOVIC

JUEZ SUBROGANTE

**CECILIA FERNANDA CAMBÓN
SECRETARIA**