

1073/2017

1ª Instancia.- Buenos Aires, julio 16 de 2019.

Resulta: I. A fs. 1/20 se presentan N.A. y J. O., promoviendo acción constitucional de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se ordene inscribir el reconocimiento de filiación de N.R.A. respecto de su hijo G.O.C. y solicitando se incorpore en la partida de nacimiento tal reconocimiento junto con los padres ya inscriptos, M.V.C. y J.O.

Subsidiariamente, y para el supuesto de no accederse a la pretensión principal, solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 558, última parte del Cód. Civil y Comercial, al cercenar el derecho a la identidad y a la integración familiar, y se proceda a modificar la inscripción de nacimiento de G.O. reconociendo también la filiación de N.A., sin desplazamiento de las ya anotadas.

II. A fs. 120/7 se presenta el representante de la Procuración del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contesta demanda en relación a la acción de amparo intentada, solicitando su rechazo ante la inexistencia de un acto u omisión de autoridad pública que lesione, restrinja, altere o amenace en forma actual o inminente algún derecho o garantía de los actores, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, que viabilicen el amparo constitucional.

III. A fs. 132/189, se presenta la Sra. M.V. C. quien se opone a la modificación de la filiación establecida en el acta de nacimiento, solicitando se rechace la acción con costas.

IV. A fs. 191/192, dictamina la Sra. Fiscal solicitando el rechazo del planteo de inconstitucionalidad y la acción de amparo, y a fs. 194, lo hace la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, declarándose a fs. 195 la cuestión de puro derecho.

V. A fs. 207/209, se presenta el tutor ad-litem, quien se expide en relación al requerimiento formulado y desaconseja alterar la circunstancia de emplazamiento filiatorio de G.O.C.

VI. A fs. 213/222, dictamina el Sr. Defensor Público de Menores e Incapaces solicitando el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad del art. 558 in fine del Cód. Civil y Comercial y la acción de amparo intentada, manteniendo la filiación materna y paterna de G.O.C.

VII. A fs. 223 se dicta el llamado de autos para sentencia a fs. 223, providencia que se encuentra firme, y

Considerando: I. Promueven los Sres. N. R. A. y J.O. acción de amparo con el objeto que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y/o a la repartición pública competente, que inscriba el reconocimiento de la filiación de N.R.A. respecto de G.O. C., nacido el 4 de julio de 2013 y se lo incorpore en la partida de nacimiento como su padre junto a su madre M.V.C. y su padre J.O. sin desplazar ninguna filiación.

Dicen que el niño es fruto de un proyecto común de los co-actores y de la Sra. C., que la idea de tener un hijo juntos surgió en febrero de 2012, que contactaron con un médico de fertilización, Dr. Raymond Oses y que luego de una charla decidieron que iban a ser padres.

Relatan que el profesional les indicó estudios médicos y que mientras éstos se realizaban, los tres mantuvieron un dialogo constante pensando los pro y los contras del proyecto.

Manifiestan que entre marzo y noviembre de 2012 se veían asiduamente y que el Dr. O. le recomendó la inseminación artificial por su cuenta, en el entendimiento que no hacía falta su intervención porque los tres eran personas de buena salud y que no tenía sentido gastar tanto dinero.

Refieren que la práctica a que arribaron fue realizada con la orientación de dicho profesional, quien les explicó la metodología y que no llegaron a la medicalización de la misma.

Dicen que M.V.C. en una charla les encomendó la decisión relativa a quien aportaría los gametos independientemente de la voluntad procreacional que poseían ambos.

Expresan que le manifestaron que probaría un mes cada uno; que el médico les indicó espermogramas, que a principios del mes de octubre de 2012 hicieron dos intentos y que todos los amigos y participantes cercanos los trataban como familia.

Relatan que en Noviembre de 2012, M.V.C. les anunció que estaba embarazada, que iban juntos a la cita con la obstetra, a las ecografías, al curso de parto y que todas las personas con quienes se vincularon los tres, con motivo del embarazo, han certificado la voluntad procreacional.

Expresan que el niño nació el 4 de julio de 2013 en la Clínica y Maternidad Suizo Argentina, que debido a

su bajo peso permaneció internado, y que por ese motivo recién el 1 de agosto de 2013 lo inscribieron en el Registro Civil de la Avda. Callao 1343.

Agregan que luego de haber realizado diversas consultas en torno a cómo hacer la inscripción por tratarse de una familia conformada por dos padres y una madre, decidieron realizarla con los apellidos de M.V.C. —madre biológica— y de J.O. —padre biológico—, al no contemplar entonces que su realidad familiar pudiera tener reconocimiento legal.

Alegan que con posterioridad esa situación fue reconocida en la Provincia de Buenos Aires y en la Capital Federal.

Relatan que su participación en la construcción de la familia como en la concepción, gestación, nacimiento y crianza de Gael durante sus primeros cinco meses de vida fue muy activa; que no menos 5 días a la semana estaban con el niño en la casa de la abuela materna.

Sostienen que lo único que querían los tres era traer un hijo al mundo y que tienen la convicción que el amor es lo que define a una familia.

Refieren que a los cinco meses del nacimiento de G., la progenitora volvió a trabajar, que habían acordado de qué forma lo cuidarían, pero que ello no fue posible al haber tomado ella la decisión unilateral de apropiarse del niño impidiendo ilegítimamente el contacto con su hijo. Agregan que como consecuencia de ello iniciaron actuaciones ante la Justicia donde se ordenó la revinculación con el niño.

Sostienen que la identidad de G. se encuentra trunca, incompleta por la falta de reconocimiento legal de su otro progenitor N.R.A., quien prestó su voluntad para la conformación de la familia.

Concluyen que la realidad e identidad familiar del niño se ve menoscabada por el Estado, en tanto al solicitar el 26 de abril de 2016 que se estableciera su verdadera filiación, a través del reconocimiento de N. y así hacer constar en la partida de nacimiento su triple vínculo filial consignando los tres apellidos, el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas denegó la solicitud en flagrante discriminación y violación al interés superior del niño, al derecho a la identidad y a la protección de la familia.

Afirma N. que al no estar legalmente reconocido como su padre no existe relación jurídica con el niño y que su hijo se ve imposibilitado de gozar y ejercer todos los derechos que le corresponden en tal carácter. Agrega todo ello recorta su identidad y su historia, que lo menoscaba y priva de todos los derechos constitucionales e instrumentos internacional incorporados a partir de 1994.

Refieren que la inseminación artificial es una de las técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad, muy difundida en nuestro país, más aún con la aprobación de la ley 26.862 y que nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella mediante el art. 75 inc. 22, vedan de manera expresa el trato discriminatorio en razón de orientación sexual e identidad y expresión de género, así los art. 16 y 19 de la CN, art. 26 PIDCP, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y la ley 23.592.

Agregan que en la ley de reproducción médica asistida y en la sanción del Cód. Civil y Comercial se establece que con el uso de las técnicas de reproducción humana, la filiación se determina por la voluntad procreacional de los interesados; en el caso, M.V., J. y N.

Piden que se inscriba la correspondiente filiación y subsidiariamente, se declare la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Comercial.

II. A fs. 120/7 se presenta el representante de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, quien solicita el rechazo de la acción de amparo al no haberse cumplido el recaudo de admisibilidad previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional ante la inexistencia de un acto u omisión de autoridad pública que lesione, restrinja, altere o amenace en forma actual o inminente algún derecho o garantía de los actores, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.

Sostiene que han actuado conforme la normativa vigente y que el amparo no es la vía procesal adecuada para las pretensiones contenidas en la demanda, —modificación de partida de nacimiento, reconocimiento de una tercera filiación invocando voluntad procreacional y la incorporación del Sr. A. en la partida de nacimiento del niño sin desplazar las filiaciones ya inscriptas de M.V.C. y J.O.— lo que se encuentra expresamente prohibido en las normas vigentes.

III. A fs. 164, la Sra. M.V.C. se presenta y solicita se rechace la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y la solicitud al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA para

que proceda a rectificar el acta de nacimiento de su hijo G.O.C., reconociendo el vínculo filiatorio por supuesta voluntad procreacional de N.A., consignándolo como padre, sin desplazar filiación alguna.

Manifiesta que conoció al Sr. J.O. a sus 16 años, que se reencontraron a los 23 años, surgiendo en ese momento, —diciembre 2001/enero 2002— un proyecto en ambos de ser padres.

Refiere que este pacto se llevaría a cabo si al cumplir 35 años no hubieran formado una familia; que en el año 2012 reiniciaron el pacto acordado, teniendo claro ambos que no se trataba de formar juntos una familia, sino sólo de ser los progenitores del hijo en común. Agrega que el pacto no incluía el contacto sexual y que J.O. solo sería donante y progenitor, y la Sra. C., madre soltera, sin intervención de tercero alguno.

Expresa que J.O. le solicitó en varias oportunidades ser acompañado por N.R.A., que aceptó el requerimiento, y que por ruego de aquel no debía revelar el pacto procreacional establecido entre ambos.

Refiere que concurrieron con el Sr. O. a una consulta con la médica de fertilización, donde les fue explicado cómo debía hacerse la inseminación de baja complejidad por medio de práctica casera, así como los recaudos que debían tomar para que sea efectiva, que la voluntad fue sólo con J.O. bajo el mismo método y condiciones mantenidas en el pacto, sin intervención de terceros, ni pedidos de que un tercero participara en el acto.

Manifiesta que el pacto fue ratificado por el progenitor J.O. en el reconocimiento del niño realizado por libre y propia voluntad ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Dice que, en su carácter de “pariente afín”, N.R.A. se llevó a G.O.C. del hogar, que quiso apropiarse de niño y tener potestad sobre él, excluyéndola de cualquier participación, en concurrencia con el Sr. O.

Agrega que siempre quiso que su hijo tuviera un padre, que supiera quién lo había engendrado, pero que su figura es inexistente, que es sólo un nombre escrito en la partida de nacimiento.

IV. A fs. 207, se expide el Dr. Córdoba, Tutor Ad litem del niño, quien sostiene que el planteo de los actores se basa en la voluntad procreacional que dicen haber tenido ambos y que ese sería el fundamento del derecho esgrimido para ser padres por igual.

Refiere que el Cód. Civil y Comercial amplía derechos especialmente a los menores de edad y le reconoce a la autonomía de la voluntad una importancia que no existía en el ordenamiento legal anterior, pero con limitaciones, que la regulación del estado civil de las personas sigue siendo de orden público e inderogable por voluntad personal. Cita el art. 1644 del Cód. Civ. y Comercial.

Manifiesta que el Registro del Estado Civil de las Personas no tiene facultades para realizar una inscripción que contravenga expresamente una norma legal de orden público.

Descree que el motivo por el que no se le permite al Sr N.R.A. ser el padre de G. sea la discriminación en razón de la orientación sexual al no estar vigente el argumento en función de las leyes incorporadas al ordenamiento legal —matrimonio igualitario, adopción de niños por matrimonios igualitarios, etc.—.

Manifiesta que la jurisprudencia citada que reconoce la triple filiación es anterior a la prohibición legal expresa del art. 558 del Cód. Civ. y Comercial.

Refiere que en el caso particular de su representando se dan determinadas características que hacen que se incline por una opinión contraria al triple emplazamiento filiatorio.

Sostiene que no está acreditado que ello sea conveniente para el niño, que no hay acuerdo entre los tres adultos, que la madre no presta su conformidad, que el Sr. N.R.A. no tiene convivencia con el niño y que no existe ningún consentimiento informado previo que autorice a pensar que el vínculo filiatorio fue pactado en forma compartida entre los padres biológicos y el padre de intención.

V. Acción de amparo

Conforme lo establece el art. 43 de la Constitución Nacional, la acción de amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, y será viable contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, debiendo dicho acto lesionar, restringir, alterar o amenazar derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional. Esa lesión restricción, alteración o amenaza debe ser con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Considerando que el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas al denegar la petición de los actores mediante Resolución EE 2016/1154723 del 29 de julio de 2016 actuó conforme la normativa vigente —arts. 558, 560/4 y 578 del Cód. Civil y Comercial y al art. 45 de la ley 26.413—, que el órgano administrativo

carece de facultades para realizar una inscripción que contravenga el orden público, y que el amparo no es la vía procesal adecuada, ante la mayor amplitud de debate que exige éste proceso en función de las pretensiones esgrimidas en la demanda, adelanto el rechazo de la acción promovida procediendo a continuación a analizar la tacha de inconstitucionalidad efectuada por los Sres. N.R.A y J.O.

VI. - Inconstitucionalidad

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de presunción de legitimidad, que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, procediendo únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. (conf. CSJN en LA LEY 1981-A-94 entre otros fallos).

Quien postula la inconstitucionalidad de una norma jurídica, debe probar fehacientemente que contraría la Constitución Nacional, como también que su cumplimiento o aplicación lesiona derechos de la máxima jerarquía. La declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos, debe recurrirse como última ratio del orden jurídico y resolverse en casos judiciales, no en abstracto.

Reiteradamente se ha dicho que las normas son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad. El principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (CSJN, Fallos: 307.906; en el mismo sentido: Fallos: 243.504; 243:470; 299:428; 310: 2845; 311:394; 312:435; 315:142 y 2804; 319: 2151 y 2215).

El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo gravamen y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto (CSJN, Fallos: 310:211; idem, 314:495).

El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (CSJN, Fallos: 312:122).

En este sentido, en un fallo reciente la Corte Federal ha establecido "...el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse. Solo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (conf. "García María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de Constitucionalidad" el 26 de marzo de 2019, "Bayer SA" Fallos: 340:1480 y CSJ 114/2014(50H/CS1 "Harriet y Donnelly SA c. Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza "fallado el 31 de octubre de 2017, Considerando 6).

El Cód. Civ. y Comercial establece que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, teniéndose en cuenta la finalidad de la norma, (art. 1).

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento, (art. 2).

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3).

La función judicial gira, entonces, alrededor de la valoración objetiva de los hechos del caso y de las normas jurídicas aplicables, debiendo tomar en consideración todos los valores involucrados.

En el ámbito del Derecho de Familia, el orden público limita la autonomía individual en algunos aspectos de la realidad jurídica que se consideran esenciales y en los que el Estado cree indispensable prescribir un contenido determinado, (Derecho de Familia, Directores Rivera, J. y Medina, G., Abeledo Perrot, p. 32).

Así el orden público familiar impide que las partes puedan decidir al margen de las normas que regulan determinados institutos como la filiación.

Los Tratados y Pactos Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad establecen el derecho a la protección de la familia pero no disponen el modo en el que debe organizarse.

Tampoco fijan condiciones o presupuestos a los que el derecho interno deba adecuarse con relación a las inscripciones de nacimiento y no precisan el número de filiaciones que una persona puede tener.

El art. 558 in fine del Cód. Civ. y Comercial, al establecer la doble filiación para todos los nacidos en el país no incurre en una discriminación repugnante a las garantías constitucionales en tanto resulta aplicable a todas las personas por igual, sin distinción de género, sexo, edad, opinión política, religión, origen étnico o cultural, etc.

Los actores afirman que la norma cuestionada conculca su derecho a la igualdad y que los discrimina. Los antecedentes que citan para fundar su posición, resueltos en el ámbito administrativo, (Provincia de Buenos Aires y C.A.B.A. respectivamente), son distintos al caso en análisis por haber sido anteriores a la sanción del Cód. Civ. y Comercial, que estableció expresamente el orden binario, y porque las partes involucradas, consensuadamente en ambos casos, reclamaron que en las actas de nacimientos de los niños se asentaran tres padres legales: dos madre y un padre.

En el primer caso, se solicitó la inscripción de tres vínculos filiales en el acta de nacimiento del niño "A". El Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires ordenó la incorporación en el acta de nacimiento del nombre y apellido del progenitor junto al de sus dos madres y la rectificación de sus apellidos, con la adición de este último a los de aquéllas. La petición de inscripción del reconocimiento por el Sr. H., —y avalada por las madres— exigía la rectificación de su partida de nacimiento, en la que sólo constaba el doble vínculo matrimonial materno-filial.

Por disposición 2062, de 22 de abril de 2015, se hizo lugar al pedido sosteniendo "...el art. 250 del Cód. Civil, que impide la inscripción de reconocimientos sucesivos que contradigan una filiación anteriormente establecida, no se ve transgredido por la triple inscripción, pues en el caso no se desplaza ni se contradice ninguna filiación sino que se incorpora la figura paterna con la expresa aceptación de las madres. Finalmente, suscribiendo el dictamen del Asesor General de Gobierno, concluye que la legislación civil no establece un *numerus clausus* de integrantes en un vínculo filial, de un análisis armónico de la normativa integral no surge expresamente la prohibición de una triple filiación y que, por tanto, resultan aplicables los arts. 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución Provincial, (Conf. Directora Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, disposición 2062/2015, 22/04/2015, RDF 2015-VI-213,AR/LEGI/8C35).

El segundo caso, también en el ámbito administrativo, es del 13 de julio de 2015. El Registro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a petición de los interesados reconoce jurídicamente la realidad familiar pluriparental del niño "F" sumando la filiación paterna a la establecida a favor de sus madres.

Se trata del caso de dos mujeres unidas en matrimonio que deciden, junto a un amigo común, cumplir el proyecto parental recurriendo a la inseminación artificial casera, (Ver enlace directo: WWW.rollingstone.com.ar/1294010-albertina-carri-y-marta-dillon-retrato-de-una-nueva-familia).

Como señalé arriba, y también señalé expresamente el dictamen del Asesor de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires en su dictamen, el Cód. Civil anterior no establecía expresamente la máxima binaria del derecho filial, sino que se hallaba implícitamente contenida en el art. 250 al regular el reconocimiento. "...No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida". En ese mismo sentido el art. 252 del Cód. Civil establecía "...Si la reclamación de la filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de ésta última".

Las decisiones administrativas en los casos de los niños "A" y "F" a las que los actores aluden en el escrito de demanda y en las que fundan su pretensión, anteriores al Cód. Civ. y Comercial, no fueron contrarias a la ley en tanto la norma no prohibía ni limitaba expresamente, como sí lo hace ahora, el número de filiaciones posibles.

No cabe duda que esas decisiones administrativas de la Provincia de Buenos Aires y de ésta Ciudad, en un contexto histórico y legal diferente, contemplaron hechos y normas distintas a las actuales, vigentes desde el 1º de agosto de 2015, las que fueron consideradas en la resolución del Registro Civil de CABA en 2016 al denegar la modificación del acta de nacimiento de G.O.C., (ver fs. 119).

Conforme lo ha establecido nuestro Máximo Tribunal, el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la CN no se ve afectado cuando se contempla un tratamiento legislativo diferente a situaciones que resultan distintas, en tanto y en cuanto tal discriminación no sea arbitraria u obedezca a razones de indebido privilegio de personas o grupos de personas o se traduzca en ilegítima persecución, aun cuando su fundamento resulte opinable, (CSJN, Fallos: 315:135, 329:4349, 310:943, entre otros).

Discriminatorio, arbitrario e injustificado sería no admitir la pretensión de los Sres. O. y A., desoyendo una norma expresa del derecho interno, de la Constitución o de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la Nación ha ratificado basada en cuestiones de género, sexo, situación patrimonial, o en un modelo no tradicional de familia.

La ley 26.618, que el Código recepta, reconoció jurídicamente también, que un niño puede tener dos madre o dos padres y por ende el doble vínculo filial como regla, con total independencia de la orientación sexual de los progenitores, auspiciando el principio de igualdad.

Comparto con N.R.A. y J.O. que la imposición de un concepto único de familia es una injerencia arbitraria en la vida privada y que contraría las normas constitucionales, —art. 14 bis CN— y convencionales que protegen la vida familiar, —CADH art. 11.2 y 17.1—. La limitación a la autonomía de la voluntad en materia de filiación no vulnera el orden constitucional/convencional ni determina la organización familiar.

La denegatoria del Registro Civil a modificar el acta de nacimiento de G.O.C. o el precepto del art. 558 impugnado, no impide o niega al niño el derecho al reconocimiento de su identidad familiar a punto tal que en los Expedientes N° 31294/2016 “Alvarez, Nicolás c. Cabo, María V. s/ Régimen de Comunicación”, (ver fs. 281/2 y 304/5), y N° 106669/2013, “Ostrovsky, Javier y otro c. Cabo, María V. s/ Consignación de alimentos”, (ver fs. 140 y 198/199), se ha decidido que el Sr. N.R.A., esposo del Sr. J.O., sea pariente afín de G.

Ambos pueden mantener ciertos lazos jurídicos, con derechos y obligaciones, aunque no se traduzcan en un vínculo filial como el que se pretende, reconociéndosele en el caso concreto al niño su identidad y conformación familiar.

Aída Kemelmajer alude a éste punto diciendo que el art. 558 del Cód. Civ. y Comercial no impide que se establezca un régimen de comunicación o que se fijen alimentos respecto de una tercera persona diferente de aquella con la que el niño tiene vínculo de filiación porque no descarta la existencia de otros lazos que justifiquen el establecimiento de estos derechos y obligaciones, (ver también Marisa Herrera, “Manual de Derechos de las Familias”, Abeledo Perrot, p. 31).

En éste sentido decidió el Juzgado de Familia de la 5ta. Nominación de Córdoba al disponer el 28 de junio de 2010 un régimen de comunicación de la ex pareja lesbiana de la madre biológica del niño, fruto de una inseminación artificial con semen de un varón unido también en pareja homosexual.

El Juez consideró la historia vital del niño desde su concepción hasta su nacimiento y reconoció como figura relevante a la actora con quien había tenido contacto muy cercano en los primeros años de vida, entendiendo que no podía considerarse ajena ni extraña a su mundo emotivo.

Se destacó que de este fallo surge el concepto de “socioafectividad” definido como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, en conjunto con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo paradigma para establecer la existencia del vínculo parental, (Conf. JFam N° 4 de Córdoba 28/06/2010 “A.S.G c. M.V.S. y Otro s/ Medidas Urgentes “Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2011-I-137 y ss. con comentario de Lloveras, Nora, Una madre invisibilizada y una madre biológica “visible”; dos madres y la filiación del niño, en Kemelmajer de Carlucci-Herrera-Lloveras “Tratado de Derecho de Derecho de Familia”, T. II, cita 69, p. 453).

El caso referido dista sustancialmente del de autos, en el que no hay acuerdo entre las partes. No se ha acreditado la conveniencia para el niño, quien no ha mantenido vínculos afectivos hasta el momento con su padre y menos aún con el esposo de éste. Los conflictos interpersonales que atraviesan los involucrados están representados en doce (12) expedientes en trámite.

Considero que la realidad familiar de G.O.C., coincide con la realidad biológica que resulta de: a) la práctica casera de inseminación donde no hubo voluntad procreacional en los términos de los arts. 560, 561 y 562 del Cód. Civ. y Comercial, sino un pacto entre M.V.C. y J.O., b) el acta de nacimiento que estableció la maternidad y la paternidad en el que no se hizo reserva alguna, y c) el vínculo socioafectivo que puedan construir en el futuro el niño y N.R.A. a partir del vínculo matrimonial con su progenitor y su rol de pariente afín.

VII. En el Derecho Comparado el sistema binario de filiación es ampliamente aceptado y la postura contraria es minoritaria.

No obstante ello, como citan los actores a fs. 11 vta., algunas leyes y algunos fallos jurisprudenciales —Vancouver, Family Law Act SBC 2011, Chapter 25; proyecto de ley N° 1476 del Estado de California, EE.UU. el 2 de julio de 2012, y caso A.A. vs B.B. del 2007 ONCA 2, resuelto el 2 de enero de 2007 por el Tribunal de Apelaciones de la Provincia de Ontario, Canadá, entre otros— admiten la posibilidad de establecer vínculo filial con más de dos personas.

Pese a que la legislación Canadiense se basa en la idea de una única filiación paterna y materna; el fallo de Ontario citado precedentemente interpreta la legislación aplicable conforme la realidad social y los avances en materia de TRHA.

El Tribunal permitió determinar la filiación de un niño de cinco años respecto de tres personas distintas: dos mujeres que accedieron a las TRHA en el marco de un proyecto parental común y el hombre que aportó el espermatozoide. El caso tuvo origen en la solicitud de A.A. para que se determinara la filiación materna a su favor respecto del niño nacido en 2001, cuya madre genética, gestacional y legal era C.C., con quien vivía desde 1990, y el padre biológico era “B.B.”, un amigo de la pareja que formaba parte del entorno del niño.

En el caso de Brasil, como en todos los referidos precedentemente, los padres y la esposa embarazada de mutuo consentimiento, iniciaron la acción.

El embarazo fue coordinado por los tres. El juez admitió la acción sosteniendo “...Se trata de una familia moderna e innovadora, pero fundamentalmente, y lo más importante, cubierta de afecto, cuidado, amor y cariño”. El Magistrado afirmó “...F. M., L. G. y muy especialmente M. A., esperan una decisión expedita y humana con el fin de adaptar el registro del niño a la realidad de su vida; una familia multicompuesta, un nido lleno de amor y de afecto”, (Comarca de Santa María, Vara da Direcao de Foro 11/09/2014).

Comparto con J.O. y N.R.A. que la petición de autos es novedosa pero destaco que es única por cuanto en los precedentes nacionales citados y en los internacionales a los que me referí anteriormente no existió oposición ni controversia, y la decisión fue consensuada por los involucrados.

Kemelmajer considera que sustraerse al sistema binario sobre el cual se edifica el sistema jurídico filial en todas sus fuentes es un salto cualitativo significativo, de fuerte impacto social y psicológico, por lo que resultaría difícil de aceptar y construir.

También sostiene que una modificación legal de tal envergadura debería ir acompañada de un estudio exhaustivo, en la que la perspectiva jurídica no sea la única presente comprometiendo una amplia indagación de tinte interdisciplinario, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras. Directoras. “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, T. II comentario art. 558 Cód. Civ. y Comercial p.453).

En este sentido ha fallado la C.Apel.CC Mar del Plata, Sala I, diciembre 20-2018, en autos C., M. F. y otros s/ materia a categorizar el 20 de diciembre de 2018.

Criterios, desde ya, a los que adhiero.

Para finalizar y por todo lo expuesto considero que el interés superior de G.O.C., (art. 3 “Convención Internacional sobre Derechos del Niño” de jerarquía constitucional, conforme art. 75 inc. 22 CN) se encuentra protegido. No promueve su bienestar en este momento de su vida (6 años de edad) incorporar una realidad que le es ajena, y que sólo refleja los intereses de los actores.

No son éstos los que deben ser considerados.

En el caso concreto estas razones son las que me deciden a rechazar la acción de amparo y la inconstitucionalidad pretendida.

En consecuencia, por los argumentos vertidos, las normas legales citadas, doctrina y jurisprudencia en la especie que comparto y en consonancia con la opinión del Tutor ad litem, el dictamen de la Sra. Fiscal y del Defensor Público de Menores, fallo: I.- Rechazar la acción de amparo. II.- Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civil y Comercial. III.- Imponer las costas a los actores, vencidos, en virtud del principio objetivo de la derrota, (art. 68 del CPC). IV.- Notifíquese por Secretaría a las partes y al Sr. Tutor ad litem. Fecho, remítanse las actuaciones a la Fiscalía y a la Defensoría Pública de Menores. — Vilma N. Dias.