

REGISTRO N° 307.S FOLIO N° 1106

Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata

Expte. N° 165446.-

Autos: "C. M.F. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 20 días de Diciembre de 2018, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1°) Dr. Ramiro Rosales Cuello y 2°) Dr. Alfredo Eduardo Méndez, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos **"C. M.F. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR"**.

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

ANTECEDENTES:

A fs. 261/82 la Sra. Jueza de primera instancia a cargo del Juzgado de Familia N° 2 dictó sentencia: 1) haciendo lugar a la demanda incoada por F. C., J. C. y C. S. S. y decretando en el caso concreto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558, último párrafo del C.C.C.N.; 2) ordenando inscribir la filiación de A. C. como hija de los tres accionantes; 3) emplazando a los Sres. J. C. y C. S. S. como padres de la menor A. C. y autorizando a sumar los apellidos de sus padres, con la consecuente anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a quien se ordena librar oficio; 4) imponiendo a los progenitores la obligación de informar a la niña respecto de su origen gestacional una vez que adquiera la edad y madurez suficiente para comprender. Todo ello con costas a los actores.

La resolución viene a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso interpuesto a fs. 284 por el Fiscal General de Cámaras del Departamento Judicial de Mar del Plata en nombre del Ministerio Público Fiscal que preside; remedio que fuera concedido a fs. 292 y fundado a fs. 297/314.

Corrido el traslado de ley, a fs. 318/39 los actores contestaron los agravios, haciendo lo propio la Asesora de Incapaces a fs. 341/49 ante la vista conferida a fs. 340.

Cumplidos los actos de ley, a fs. 350 se llamaron los autos para sentencia.

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

1ª) ¿Corresponde declarar desierto el recurso de fs. 297/314?

2ª) En su caso, ¿es justo lo resuelto a fs. 261/82?

3ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

I. Análisis de los agravios.

Luego de extenderse en aspectos relativos a la justificación de su personería y la fundamentación de su legitimación para intervenir en el proceso el apelante enumera sus agravios.

I.1. En principio objeta la decisión de la a quo que hizo lugar a la inconstitucionalidad planteada “sin resaltar la trascendencia del principio constitucional del “interés superior del niño”” (fs. 298vta., pto. III, 1er párrafo).

Alude al artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño. Destaca que tal interés debe establecerse en concreto, siendo obligación del juzgador determinarlo conforme las aristas del caso. Agrega que en virtud de su estatus constitucional el principio no puede ser controvertido por leyes de inferior rango. Con cita del Dr. Pettigiani apunta que el enfrentamiento entre aquel principio y una norma infraconstitucional da pie a la invalidación de ésta, siempre que se verifique la oposición.

Afirma que, en autos, el nacimiento de la menor fue consecuencia de una decisión de personas adultas cuyas motivaciones quedan reservadas a su esfera privada y excluidas de todo juzgamiento. Sin embargo explica que, que por razones obvias, la niña no tuvo participación en esas decisiones atinentes al proyecto familiar configurado por los mayores y en virtud del cual los reclamantes invocan su superior interés, cuando lo pretendido deriva de sus deseos particulares.

I.2. En segundo lugar aduce la ausencia de conflicto en torno al derecho de identidad de la menor. Cuestiona lo sostenido por la Jueza en cuanto a que desestimar lo peticionado implicaría negar a la niña el reconocimiento de su verdadera identidad.

En contra de lo sentenciado entiende que “la niña es hija de un solo padre” (fs. 300 in fine). No advierte la existencia de un conflicto “toda vez que se encuentran perfectamente individualizados los roles que hacen a abonar el reconocimiento, por parte de la niña, de su verdadera identidad.” (fs. 300vta., 2do párrafo).

Considera que lo solicitado supone “un intento de intensificación “contra legem” en las dimensiones legales de la identidad de la niña” (ibíd., 3er párrafo).

Discurre sobre el vínculo entre identidad personal e interés público con la necesidad de identificación de la persona mediante su inscripción en el Registro “cuyos datos deben corresponder a la verdad personal de la misma.” (4to párrafo). Estima que, en un concepto tradicional, la determinación de la filiación “tendía a asegurar la identidad con referencia a la realidad biológica.” (5to párrafo). Entiende que “un concepto dinámico y amplio de la

referencia identitaria nos puede llevar a una sociedad que pretendiendo ser plural y tolerante, termine disolviendo su propia identidad.” (fs. 300bis, 1er párrafo).

Diserta respecto de la identidad, su relación con la sociedad e implicancias filosófico-políticas que hacen al Estado de derecho y sus fundamentos. Admite que la reforma del ordenamiento civil introdujo “variantes”, no obstante lo cual considera que aquella base permanece incólume, sin verse desplazada por los cambios “en situaciones de coexistencia voluntaria” (fs.300, 4to párrafo).

Insiste en la importancia del interés público y enfatiza que, si bien existe “un innegable e insoslayable interés del ser humano adulto en lo que atañe a la afirmación y reconocimiento social de la identidad personal de su hijo/a en tanto constituye un elemento integrante de una familia (...)”, asimismo se observa “una gravitación del interés social y público en lo que concierne al mismo plexo de derechos y sus consecuentes formatos y obligaciones.” (fs. 300bis y vta.).

I.3. A renglón seguido se agravia de lo alzado por la a quo respecto del proyecto de familia conformado por los requirentes, al haber considerado indiscernible cuál de los actores ocuparía el rol de “tercero” en la relación parental. Aclara que “el tercero es quien pretende ser el padre no biológico.” (fs. 300bis vta., pto. V).

En esa línea de razonamiento alega que en autos “está reconocida la madre biológica, se ha manifestado claramente quién ese el padre biológico, y con relación al tercero (...) debe hallarse un formato que no discurra por la inconstitucionalidad de la ley.” (ibíd. in fine y fs. 301, 1er párrafo). No encuentra en ello una privación en el ejercicio de la maternidad y la paternidad y considera que el conflicto deriva de una interpretación “contrafáctica” pretendida por los actores.

I.4. Como cuarto agravio plantea un hipotético error en la comparación de la doble filiación con otros institutos. Recuerda lo interpretado por la Jueza al considerar inconciliable lo establecido en el artículo 558 in fine con la totalidad del ordenamiento legal, que incorporó el matrimonio igualitario y las TRHA. Afirma que tal criterio es incorrecto ante las diferencias que median entre esas figuras y la pluriparentalidad.

Acomete contra la suposición de que “la calidad de vínculos esté vinculada al número de quienes aportan los afectos” (fs. 301vta., pto. VI, párrafos 3ero y 4to), y aduce que “la multiplicación de vínculos filiatorios no necesariamente podrá sostener en el tiempo un incremento en la calidad de afectos.” (fs. 302, 2do párrafo).

Apunta que “la progresividad o ampliación de derechos no siempre produce (...) los efectos beneficiosos que suele imaginar el legislador moderno”, invocando la necesidad de evitar la confusión entre la exigencia de encauzar los avances y la asunción de que ellos implican un avance perpetuo. Reflexiona sobre diversos eventos históricos y problemas actuales de la sociedad, entendiendo que se han suscitado a partir de “un concepto errático de privacidad y libertad” (fs. 302vta., 4to párrafo).

A continuación cavila sobre principios que (desde su óptica) configuran los pilares de toda cultura con independencia de su contexto histórico y geográfico, apoyando su aserto en textos antiguos que transcribe (fs. 303vta., 1er párrafo).

Luego de subrayar las consecuencias de la valoración ética que se efectúe de aquellos conceptos comunes, se explaya sobre la noción de “tolerancia” consignando su definición y la distancia que existe con el empleo habitual del término. Derivando por ese cauce proclama la imposibilidad de tolerancia universal en tanto destruye la verdad, al equiparar todas las opiniones. Considera que “la tolerancia en el sistema político es una herramienta que se plantea con un fin; la convivencia”, e infiere que en la sociedad la ley funciona como “límite organizador de tolerancias ajenas y propias” (fs. 304vta.).

I.5. En quinto lugar esgrime la supuesta confusión en el caso entre voluntad procreacional y voluntad de elección del aportante del material genético. Remite a lo explicado por la Jueza en cuanto a que no existe en el ordenamiento legal una prioridad de una de las fuentes filiatorias sobre otras. Descalifica tal aserto sosteniendo que la filiación por TRHA sólo opera de existir una imposibilidad biológica de concebir en los sujetos que acuden a dichas técnicas (fs. 304vta., pto. VII, 2do párrafo).

Considera que en autos “todos estaban en condiciones biológicas de ser padres”, alegando sobre esa base que “el bloque legal y doctrinario previsto para los métodos de TRHA” no resulta aplicable pues (conforme su punto de vista) nada les impedía concebir a través del método natural. Insiste en este aspecto, remarcando que la normativa referida a las TRHA se aplica exclusivamente “cuando no existe posibilidad biológica” en alguno de los partícipes. Apunta que “estamos frente a un caso de capacidad biológica plena” y entiende que los aportantes del material genético recurrieron a la TRHA “por razones de decoro y respeto” (fs. 305, 4to párrafo). Califica esa decisión como una elección de los intervinientes que (en su opinión) no tenían necesidad de utilizar las técnicas médicas reproductivas. Reafirma lo expuesto sobre el acceso a las técnicas asistidas, y considera que, mediando una elección respecto de quién contribuirá a aportar el material genético, tal elección desplaza a la voluntad procreacional.

Interpreta que el orden público limita la voluntad individual. Cita opinión de doctrina y jurisprudencia y sostiene que los métodos de filiación que recepta el C.C.C. con idénticos efectos “poseen un orden lógico de precedencia” regido por la fuente biológica (fs. 305 in fine y fs. 306y vta.).

I.6. En contrario de lo manifestado por la a quo sobre su imposibilidad de elegir a uno de los actores como padres para emplazarlo jurídicamente, señala que esa elección no le incumbe a la magistrada.

En alusión a lo expuesto en sentencia con relación a la solidaridad familiar, entiende que ese elemento puede estar presente sin necesidad de emplazar a tres padres.

Sostiene que a través del proyecto familiar desplegado por los adultos en función de sus deseos “se intenta un desplazamiento del eje de la paternidad biológica”, y señala que le resulta difícil individualizar un agravio constitucional que justifique invalidar la norma

objetada, teniendo en cuenta que las notas que caracterizan el derecho a la protección integral de la familia se encuentran a su juicio aseguradas (fs. 307 in fine y vta.).

Estima que, para afianzar el derecho a la filiación, no se requiere declarar la triple filiación de la niña. Alude a la opinión de “algunos autores” para quienes “este desplazamiento (de la paternidad biológica) importa un retroceso en el eje de la determinación de la filiación” (fs. 307vta., 3er párrafo. La frase en cursiva me pertenece).

I.7. Finalmente denuncia el apartamiento por la Jueza de la ley y sus fuentes.

Indica que, al estudiar la posible invalidez de una disposición legal por contravenir en un caso concreto lo ordenado en el plexo constitucional, es indispensable atenerse a un conjunto de recaudos, que precisa (fs. 307 in fine y vta.)

Partiendo de la presunción de constitucionalidad de la ley, memora la última reforma operada en nuestra legislación civil, reseñando su proceso de elaboración. En ese marco enfatiza que la modificación fue sancionada por los órganos competentes, subrayando que “importa un acto soberano del legislador” (fs. 309, 2do párrafo). Resalta lo sentado en los fundamentos del anteproyecto e ingresa en su estudio.

En esa instancia remite a dos párrafos consignados por la comisión redactora vinculados al título V del Código Civil y Comercial, que abordan lo atinente al doble vínculo filial y a la voluntad procreacional como elemento “central y fundante cuando (la concepción) se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida” (fs. 310, 3er párrafo). Interpreta que los redactores fijaron dos aspectos consistentes en el sistema biparental y en la trascendencia de la voluntad procreacional cuando se recurre a T.R.H.A., siendo evidente que en tal caso el dato genético no es definitivo, lo que (en su circunscripta opinión) no importa que tal vínculo “no sea prioritario cuando coincide la voluntad de ser padre y la capacidad genética de llevar a cabo dicha voluntad”. Reafirma así su parecer sobre el desplazamiento de la fuente configurada por la voluntad procreacional, cuando media posibilidad biológica para procrear (v. fs. 310 in fine y vta.).

Reitera que la ley consagra el sistema biparental “en tanto que la voluntad procreacional debe analizarse en el ámbito de las TRHA frente a la imposibilidad biológica de uno de los dos padres” (v. fs. 310vta., 2do párrafo).

Alude al trámite seguido por el anteproyecto y entiende que, cumplidas las etapas pertinentes, el mismo fijó la regla aplicable (fs. 310vta y 311).

Abordando el control de constitucionalidad menciona las pautas que deben gobernarlo y los recaudos sujetos a comprobación. Exhibe sus reparos frente a lo decidido ante la amenaza que implica, al dar pie a posibles planteos que estima no previstos por el legislador ni contemplados en el diseño del instituto de la filiación.

Luego de reseñar los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y Pactos y Tratados Internacionales incorporados a través del artículo 75, inc. 22, destaca que ellos “no son absolutos” debiendo ejercerse conforme las leyes que reglamentan su ejercicio;

potestad plasmada en el artículo 14 que encuentra su límite en lo dispuesto en el artículo 28 del ordenamiento constitucional.

Advierte sobre el riesgo ínsito en la declaración de inconstitucionalidad cuando la reglamentación no aparece como irrazonable o discriminatoria, al arrogarse los Juzgadores una facultad ajena a la función que les corresponde. Cita el criterio de la Corte Suprema relativo a la discrecionalidad de lo ponderado por el órgano legislativo al dictar leyes, cuestión que (según refiere) es extraña al control del Poder Judicial (fs. 312, 3er párrafo). Vindica la finalidad del control de constitucionalidad en cabeza de los magistrados para asegurar la supremacía legal e impedir que se vulneren derechos, y resalta el carácter de última ratio del remedio, manifestando su disenso con lo decidido en la medida en que no advierte “la existencia de una gravedad de tal magnitud que justifique el dictado de las sanciones requeridas...” (fs. 312 in fine y vta.).

Aduce que la impugnación debe examinarse con relación al caso y decidirse en el marco inter partes. Sostiene que existen cauces alternativos para arribar a una solución jurídica sin decretar la inconstitucionalidad. Insiste en el peligro que puede entrañar la declaración de inconstitucionalidad cuando se traduce en una intromisión de y reitera la improcedencia de que los Jueces se expidan sobre cuestiones legisladas, salvo en supuestos excepcionales que no se verifican (fs. 313).

Culmina señalando que, en la práctica judicial, la excepcionalidad del planteo de inconstitucionalidad se ha convertido en regla, lo que conduce a una derogación normativa recurrente y conduce a la inobservancia sistémica de la Constitución.

Solicita se revoque la sentencia y se rechace la demanda.

II. Corrido el traslado de ley, a fs. 318/9 obra la respuesta de la contraria.

En forma liminar señala que la fundamentación del recurso reitera el dictamen presentado con anterioridad, por lo que no contiene una crítica precisa de la sentencia, sin cumplir con los requisitos de admisibilidad del Código Ritual.

En otro orden refiere que la expresión de agravios no configura un ataque eficaz en la medida en que se diluye en un conjunto de conceptos vagos y reflexiones genéricas en las que se interpolan valoraciones subjetivas y opiniones personales sobre la temática planteada, sin hacer pie en la sentencia.

Sobre esa plataforma aduce que el memorial no satisface los recaudos formales para ser admitido como pieza idónea capaz de abrir la instancia de revisión.

A todo evento y supletoriamente contesta los agravios, remitiendo aquí a su lectura por motivos de brevedad expositiva.

Conferida vista de las actuaciones a la Asesora, a fs. 341/8 luce su dictamen al cual también remito por idénticas razones a las indicadas.

III. Previo a ingresar en el tema corresponde abordar el pedido de deserción deducido por la actora al contestar los fundamentos (v. fs. 318vta., pto. III.1).

En esa tarea anticipo que el recurso logra franquear el umbral de admisibilidad que establecido como piso por el Código de Rito para acceder a la instancia.

En cuanto a lo denunciado por la actora observo que, en su ataque, incurre en similar defecto que el que imputa a la contraria, al desplegar su embate en un plano de abstracción y generalidad que impide conocer y analizar el vicio concreto en que apoya su postura, soslayando precisar los extremos que sustentarían su petición.

En este aspecto estimo que, para justificar lo solicitado, no basta con alegar que lo alzado consiste en una reedición de lo ya invocado, siendo indispensable demostrar los motivos que apuntocan esa afirmación; labor incumplida en la medida en que lo exigido se asienta en la sola denuncia de reiteración de argumentos y la sucinta mención de doctrina y jurisprudencia, prescindiendo de individualizar el error atribuido al libelo del apelante.

Con relación a la segunda cuestión en que se pretende cimentar la deserción observo que, aun cuando la expresión de agravios se encuentra teñida de apreciaciones subjetivas incapaces a mi juicio de ser calificadas técnicamente como “agravios” (y que, aclaro, no concitan mi adhesión), entiendo que la impugnación porta al menos un motivo de queja que merece tratamiento y que, enmarcado en su justo quicio, se impone examinar en función de la naturaleza de los intereses comprometidos.

Por lo demás, la circunstancia de no mediar controversia argüida por el actor no es razón suficiente para declarar la deserción desde que, encontrándose interesada una cuestión que presenta relación directa con el orden público familiar, la indisponibilidad de la materia obsta a que el cumplimiento de la función jurisdiccional se vea limitado por la concordancia de opiniones de los particulares frente a la obligación de velar por el respeto del ordenamiento in totum, que confiere legitimación al Fiscal General Departamental para apelar una decisión que entiende vulnera el orden antedicho (SCBA, Ac. 2078, C. 121.650, 29/08/2018, “A., H. J., c. H., G., S. P. potestad”; voto Dr. Soria, V.2.b., pár. 4to y 5to).

Finalmente no es ocioso recordar la vigencia del criterio que aconseja declarar la deserción con prudencia, permitiendo que subsista la instancia en caso de incertidumbre; máxime en temas de familia ante la relevancia de las cuestiones implicadas. Ello me persuade de ingresar al recurso, al advertir en el memorial al menos un agravio que configura un motivo de impugnación atendible bajo el citado criterio interpretativo.

En este aspecto se tiene dicho que “en la sustentación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos...” (C.C.C. 2ª La Plata, sala 1, 118693, RSD 70/15, 12/05/15), y que “cuando el apelante individualiza en mínima medida los motivos de su disconformidad, no procede declarar la deserción del recurso, pues debe imperar un criterio amplio y favorable al mantenimiento de la apertura de la instancia...” (C.C.C. 1ª La Plata, sala 3, 234309, RSD-48-4, 09/03/04). Por consiguiente, “si la apelación cumple en cierta medida las exigencias del Código Procesal, cabe estimar que la carga procesal de fundar los

agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva.” (ibíd.).

Siendo atribución del Tribunal analizar de oficio el contenido del memorial y considerando que el recurrente ha indicado el hipotético error que porta la sentencia, el análisis subsiguiente da cuenta del cumplimiento de la carga procesal del artículo 260.

Consecuentemente, a la primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

IV. Despejado el primer interrogante, paso a examinar el único aspecto de la impugnación que entiendo merece tratamiento.

Al respecto considero que la cuestión gira en torno a un punto incluido en la última parte del memorial, al abordarse el control de constitucionalidad y los recaudos impuestos desde larga data por la Corte de Nación para que sea factible declarar la invalidez de una norma por resultar contraria a otras de superior jerarquía y ocasionar un claro perjuicio a quien así lo invoca.

El quejoso alega que el quid de la cuestión pasa por “determinar si la norma impugnada (en el caso provista por el tercer párrafo del artículo 558 del Código Civil) resulta arbitraria o irrazonable”, y “si es en consecuencia, violatoria de derechos constitucionales y convencionalmente reconocidos, o si sólo importa una modalidad (...) en la reglamentación de los derechos...” (fs. 313, 1er párrafo).

Conforme lo alzado, la regla del artículo 558 se funda en la potestad reglamentaria del Estado para regular principios, garantías y derechos reconocidos.

El apelante no advierte en esa limitación un ejercicio irrazonable o discriminatorio o una palmaria vulneración de derechos y garantías tutelados que pueda dar lugar a una invalidación; máxime teniendo en cuenta la presunción de constitucionalidad de las leyes, y la consecuente necesidad de verificación de una transgresión patente de normas jerárquicamente superiores. El carácter de ultima ratio de la declaración de inconstitucionalidad y los peligros que supone la alteración del cauce configurado por exigencias básicas a las que debe ajustarse según jurisprudencia del Máximo Tribunal, impiden a su juicio acceder a lo pretendido, debiendo respetarse tal acotado marco a riesgo de desbordar sus límites y caer en una inadmisibles intromisión de funciones (v. fs. 312, párrafos 3ero a 5to, y fs. 313, párrafos 2do a 4to).

Definida en esos términos la cuestión radica entonces en dilucidar si, en el sub lite, lo consignado en el artículo 558 in fine del Código Civil y Comercial exhibe un grado de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta que lo descalifica en su confrontación con el bloque de constitucionalidad. En esa tesitura, la incompatibilidad del precepto ha de ser de

tal entidad que sólo procederá invalidarlo en el supuesto de comprobarse una oposición tajante con aquel plexo que se traduzca en una violación concreta de derechos y garantías amparados. En palabras de la Corte: “La declaración de inconstitucionalidad es –según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable.”(CSJN, Fallos 324:3219; 247:121; etc.).

Entiendo que lo antedicho constituye el nudo del problema, y su análisis desplaza el estudio de otras cuestiones articuladas. Por ende, a continuación me concentraré en ese eje, obviando examinar agravios que estimo irrelevantes.

V. Antes de conferir una respuesta considero pertinente efectuar un racconto de ciertos aspectos que conciernen al control de constitucionalidad conforme fuera diseñado a partir de la jurisprudencia de la Corte de Nación.

Memoro que nuestro sistema de control reconoce su fuente en el derecho norteamericano, siendo deudor de lo sentenciado por el Juez Marshall en “Marbury vs. Mádison” cuyos fundamentos fueron asumidos en la causa “Sojo” (Petracchi, E., “Control Judicial en la Argentina”, LL 1987-E-709; CSJN, Fallos 32:125; cit. por esta sala en “Fisco Nacional c/ Priverte S.A. s/ incid. rev.”, 11/08/09, expte. N° 142.228, Reg. 315, F° 2231).

En aquel precedente el Juez fijó como regla que la Corte no debía pronunciarse en forma adversa a la validez de una ley, salvo que ello fuera absolutamente imprescindible para resolver una causa sometida a decisión. Advirtiendo el poder que suponía la detentación de semejante potestad por los magistrados, los juristas ya habían anticipado los peligros que podía ocasionar su uso indiscriminado con el riesgo de afectar la división de poderes y derivar en el “gobierno de los jueces” (ibíd.). Ello dio pie a la elaboración de pautas y criterios jurídicos para lograr la autocontención del Poder Judicial, de modo de evitar la indebida injerencia de competencias atribuidas a otros Poderes del Estado; lo que se tradujo en un conjunto de reglas (desarrolladas en distintos precedentes) que los sentenciantes debían respetar para declarar válidamente la inconstitucionalidad, (v.gr. “Frothingham vs. Mellon”; “Massachusetts vs. Mellon”; “Ashwander c. Tennessee Valley Authority”; etc.).

Incorporadas con posterioridad por la Corte Suprema, en principio las pautas que deben regir el ejercicio del control de constitucionalidad pueden sintetizarse en: a) los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad; b) quien alega la inconstitucionalidad debe probarla; c) la declaración de inconstitucionalidad sólo abarca el punto concreto que ha sido materia de invalidación; d) la inconstitucionalidad de un precepto no conlleva la invalidez de toda la ley; e) en principio quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; f) la declaración de inconstitucionalidad únicamente procede cuando es absolutamente necesaria, siendo una herramienta a la que sólo ha de acudir como ultima ratio del ordenamiento; g) la función de los jueces no es fiscalizar el mérito, el acierto, la eficacia o la conveniencia de las leyes u otras disposiciones; h) no incumbe a los magistrados juzgar la política (o su falta) de las normas impugnadas, ni les corresponde desautorizar los medios seleccionados por el legislador con el argumento de la existencia de otros más idóneos; i) en la medida en que el texto lo consienta, las leyes han de interpretarse

en sentido favorable a su validez; j) no cabe atribuir a las leyes una inteligencia tal que obstaculice el ejercicio eficaz de potestades gubernamentales; etc.

Al margen de la controvertida doctrina de las “cuestiones no justiciables” (de confines inciertos y sujetos a los cambios institucionales), el Superior Tribunal también exigió la articulación de una petición expresa; recaudo impuesto a partir del caso “Ganadera de Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina” y que fuera luego atemperado (Bianchi, A. “Control de constitucionalidad”, T. I, 2da ed., Ábaco, Bs. As., p. 325; CSJN, Fallos 190:142; 321:993; 321:1058; 324:3219 -voto del Dr. Vázquez en “Mill de Pereyra, R. y ots. c/ Estado de la Pcia. de Corrientes”-) para culminar sosteniendo que, si bien no cabe a los tribunales efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, de ello no se sigue la necesidad de petición expresa (“Banco Comercial de Finanzas”, Fallos, 327:3117). Aun así, de lo resuelto en los precedentes “Gómez” (329:5903), “Strangio” (332:1078), “Rodríguez Pereyra” (335:2333) y “Mansilla” (337:179), se desprende que, sin perjuicio de que la Corte ha mantenido el criterio que admite la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio, esa prerrogativa se encuentra condicionada a la verificación de presupuestos que emergen de los fallos citados, prescindiendo aquí de consignarlos.

Del repaso que antecede me interesa subrayar determinados recaudos que adquieren singular relevancia en función de las aristas del caso, a saber: la presunción de constitucionalidad que ostentan las leyes (con la consecuente necesidad de acreditación por el interesado de una violación palmaria de derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento constitucional); el carácter de última ratio que reviste la declaración de inconstitucionalidad como potestad de los Jueces; y la indefectible demostración de un gravamen directo e inmediato derivado de su concreta aplicación.

En alusión a lo expuesto se ha señalado la limitación autoimpuesta por la Corte a partir de la doctrina de la incompatibilidad inconciliable, estableciendo como regla que el control sólo debe ser ejercido cuando la repulsa que se invoca con la cláusula constitucional es manifiesta y la imposibilidad de adecuación absoluta, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad (cf. Bianchi, A., p. 215, con cita de “Avegno c/ Pcia. de Buenos Aires”; Fallos, 14:432).

Tal criterio fue reiterado en numerosos precedentes, hasta alzarse como principio insoslayable de la actuación del Poder Judicial que se ubica en la base del sistema clásico de control (v. CSJN, Fallos 112:63; 200:180; 242:73; 244:309; 247:121; 319:3148; 322:919; 320:101; entre otros). Clausurando el tema (que vincula los dos primeros recaudos destacados) concluyo que “si las leyes válidamente sancionadas (y los actos estatales en general) se presumen constitucionales, y el control constitucional es una herramienta excepcional, sólo una norma claramente inconstitucional puede ser declarada como tal”, por lo que “en la duda, ha de estarse por la validez de la ley, y no por su invalidez.” (Bianchi, A., op. cit., p. 217).

Con relación al último requisito que he indicado, los Ministros de Corte han coincidido en que una declaración de tal gravedad impone a quien la reclama probar de modo contundente el modo en que la ley cuestionada se contrapone con la Constitución y le ocasiona un gravamen, con el consiguiente deber de precisar el perjuicio inmediato y directo que genera

su aplicación para los derechos que se afirman vulnerados (cf. CSJN, c. L.1043.XLII, 03/02/09; N340.XL, 18/06/08; B.1042.XLI, 04/09/07; etc.).

Esquematisado el marco conceptual y precisados los recaudos del control de constitucionalidad que estimo trascendentes, retomo el interrogante inicial.

VI. La incorporación de Tratados Internacionales al ordenamiento jurídico argentino a través de la reforma constitucional de 1994 produjo un impacto en el sistema de control en la medida en que dichos Tratados y Pactos pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad, con la obligación del Estado de adecuar su normativa interna a los derechos, principios y garantías contenidos en aquellos.

Ese fenómeno obligó a redimensionar conceptos y estructuras, advirtiendo que “el Estado no es hoy, solamente, un estado “constitucional” sino que también es un Estado “convencional” de derecho, que admite la existencia de un bloque de convencionalidad integrado al bloque de constitucionalidad, conformado por instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que tiene un vigor especial, y que por cierto, es exigente, impetuoso y muy dinámico.” (Sagües, N., “El concepto de ‘constitución convencionalizada’, su fisonomía actual, fundamentos y topes”, SJA, 07/11/2018, 343).

En concordancia con lo anterior se ha señalado que “la reforma constitucional de 1994 tuvo una incidencia fundamental en lo que respecta a la protección de la familia”; al asignar jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales a los cuales debe adaptarse el derecho positivo interno (cf. Derecho de Familia -Dir. García de Solavagione, A.-, Advocatus, Córdoba, 2016, p. 46).

Muchos de tales instrumentos incluyen preceptos que conciernen a la familia y que han de entenderse como complementario de los reconocidos en la Constitución Nacional (v. art. 14 bis). Con relación al tema, diferentes Tratados sobre derechos humanos consagran la protección integral de la familia como un elemento fundamental de la sociedad que exige amparo por el Estado (art. 17.1 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16.3. Declaración Universal de Derechos Humanos; art. VI Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; etc.), como así también el derecho a contraer matrimonio sobre la base de un consentimiento pleno y libre, y a fundar una familia (art. 17.2. y 3 C.A.D.H.; art. 10.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos...; art. 23.2. y 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles...; art. 16.1. y 2 Declaración Universal...; art. VI Declaración Americana...; art. 15.2. Protocolo de San Salvador). Entre otros derechos receptados destaca además el derecho a desarrollar la vida familiar sin injerencias indebidas (art. 11.2. C.A.D.H.; art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. V. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, etc.). En cuanto a la protección de los niños, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los derechos del niño configuran un sistema protectorio antecedido por el principio liminar del interés superior del niño, ofreciendo una amplia tutela en defensa de sus derechos (arts. 18 y 19 de C.A.D.H.; arts. 10, 12, 31 y ots. de Convención...; *Ibíd.*, p. 47. Ver también Sagües, N., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2014, p. 752/3 –con indicación de los tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, que regulan aspectos vinculados con la familia-; y Gil Dominguez-Famá-Herrera,

Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs. As., 2010, p. 47/8 – con reseña de varios artículos de los Tratados, que contemplan la protección de la familia-).

En la misma tesitura se ha puesto de relieve que “la incidencia del derecho supranacional al ingresar a la Constitución por vía de la reforma de 1994, ha sido trascendente para la modificación y el cambio del derecho de familia. Podemos afirmar que a partir de los tratados de Derechos Humanos se crea un nuevo marco normativo, que modifica sustancialmente el Derecho de Familia y fundamentalmente cambia los principios que históricamente han regido en nuestro ordenamiento jurídico familiar.” (Derecho de Familia, Dir.: Rivera, J.- Medina, G., autores: Medina, G.-Roveda, E., Abeledo Perrot, C.A.B.A., 2017, p. 25).

El Código Civil y Comercial (que alude a ese nuevo marco en sus dos primeros artículos) “toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”; pudiendo afirmarse que, a partir del mismo, “existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. (“Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Bs. As., 2012).

Sin necesidad de mencionar la totalidad de principios contenidos en los Tratados Internacionales referidos al Derecho de Familia que trasvasan su campo de operatividad a nuestro sistema jurídico, destaco que los enunciados normativos previstos en esos Instrumentos se estructuran en forma indeterminada, prescindiendo de fijar condiciones de concreción en base a un concepto cerrado, y evitando de ese modo inmiscuirse en un aspecto que concierne a los Estados, quienes conservan la facultad de delimitar dichas cuestiones respetando aquellos principios.

Puesto en otros términos, los Tratados y Pactos proclaman el derecho a la protección de la familia y demás aspectos referidos, obviando establecer el modo en que ha de organizarse esa célula básica de la sociedad; cuestión librada a la determinación estatal; máxime tratándose de una materia como la debatida, signada por el orden público.

Aludiendo a este tema parte de la doctrina observa que, en el ámbito del Derecho de Familia, “el orden público aparece como una institución destinada a limitar la autonomía individual en algunos aspectos de la realidad jurídica que el derecho estatal considera esenciales, y en los que cree indispensable prescribir un contenido determinado...” (Derecho de Familia, Dir. Rivera, J.-Medina, G...., p. 32). En ese cauce el orden público familiar veda que las partes se aparten de la columna que vertebra nuestro derecho de familia, viéndose imposibilitados de decidir al margen de las normas que regulan determinados institutos, “como los referentes a la filiación, al matrimonio, al parentesco y de cierta forma a los alimentos.” (ibíd.). Si bien en la actualidad se concede un mayor margen a la autonomía de la voluntad, “en el nuevo ordenamiento ius privatista argentino la regla en el derecho de familia sigue siendo que las relaciones jurídico-familiares se rigen por normas de orden público o normas

imperativas...”; criterio que persiste, aun cuando la esencia de ese orden haya mutado (Derecho de Familia,..., p. 33, 41 y ssgtes.).

Al analizar el orden público familiar en el Código unificado, Rivera y Roveda señalan que, en materia de filiaciones, dicho orden se encuentra integrado entre otras reglas por la instituida en el artículo 558, último párrafo del C.C.C., llegando ambos a sostener con relación a una decisión administrativa anterior al nuevo Código que admitió la inscripción de más de dos ligámenes, que “a partir del 1º de agosto del 2015 serán nulas por contrarias al orden público las filiaciones múltiples.” (ibíd., p. 52/3 y ssgtes.).

Enhebrando las ideas precedentes interpreto que, puesto que los Tratados que conforman el bloque de constitucionalidad no fijan condiciones, requisitos o presupuestos a los que la legislación interna deba adecuarse con relación a las inscripciones filiales, sin precisar el número de filiaciones posibles (ni, por consiguiente, la cantidad de emplazamientos en calidad de progenitores respecto de una persona), es evidente que esa materia que afecta un aspecto trascendente del Derecho de Familia, queda reservada al Legislador quien, en ejercicio del mandato que le ha sido encomendado, está habilitado para regularla, sin que tal circunstancia implique vulneración del orden constitucional/convencional en la medida en que las Convenciones no prohíben o inhiben dicha posibilidad.

En otras palabras, los Tratados y Pactos no consignan el número de filiaciones que una persona puede tener, es decir, no contienen disposiciones específicas respecto de la cantidad de inscripciones filiales, ni reglas o preceptos que impongan la necesidad de conciliar la regulación que al respecto se fije, con normas internacionales. Por ende, no existe óbice para que el Estado, en uso de facultades inherentes, legisle en la materia estableciendo un límite a las filiaciones pasibles de inscribirse sin incurrir en irrazonabilidad o arbitrariedad; límite al que es indiferente el sexo, género, u orientación sexual de los pretendientes y que se aplica de manera indistinta, cualesquiera sean los sujetos que reclamen su inscripción, previendo un máximo para todos los ciudadanos.

En ese orden de cosas, la regla de dos vínculos filiales que preceptúa el artículo 558, in fine del C.C.C. aparece como la consecuencia del legítimo ejercicio de esa facultad legislativa para fijar un orden posible, respetando esa esfera configurada por concepciones éticas, filosóficas, políticas, económicas, etc. de una sociedad que conforman el orden público familiar en un momento y lugar determinado; lo que supone de por sí su carácter dinámico y mudable en tiempo y espacio.

Considerando la ratificación expresa de la regla antedicha a pesar de los innumerables cambios operados con la reforma radical del nuevo ordenamiento civil y comercial, entiendo que esa máxima filial continúa rigiendo en el Derecho argentino, siendo parte del orden público vigente en el actual momento histórico.

Por ende, y en función de los motivos que expondré en lo sucesivo, estimo improcedente acceder a su desplazamiento sin mediar un estudio meduloso del tema que no circunscriba su enfoque a la perspectiva jurídica.

VII. Como anticipara, el eje del pleito está dado por el número de filiaciones admitidas por el ordenamiento, y la necesidad de establecer si esa circunstancia repercute en una violación palmaria de los derechos de las partes.

El artículo 558 del C.C.C. reza: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

Es decir que, prescindiendo del origen de la filiación (sea que provenga de concepción biológica, del uso de T.R.H.A. o de la adopción), el nacido sólo reconocerá dos vínculos parentales, sin admitirse el emplazamiento de más de dos personas.

La norma no realiza distinciones, dejando sentado que la limitación se aplica para todas las fuentes.

En comentario al citado artículo se ha enfatizado que uno de los principios no modificados en el nuevo Código es “que toda persona puede tener hasta un máximo de dos vínculos filiales, por lo tanto, quien pretende tener un nuevo vínculo filial y ya tiene asignado dos, debe necesariamente proceder a impugnar y desplazar uno para el correspondiente emplazamiento y para que se mantenga el máximo de dos vínculos filiales.” (Código Civil y Comercial de la Nación, Dir.: R.L. Lorenzetti-, autora: Marisa Herrera, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, p. 473).

En efecto, el Código consigna “de manera expresa y precisa en el primer artículo que inaugura el título dedicado a la filiación, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, es decir, uno o dos, pero no más de dos...”; máxima que ya observaba el decreto 1006/2012 orientado a regularizar la situación de los nacidos por T.R.H.A, previo a la sanción de la Ley 26.618 (Código..., p. 484).

En su capítulo introductorio al Tratado de Derecho de Familia la Dra. Kemelmajer señaló la ausencia de consenso en el apartamiento de una regla a la que adscribe la gran parte de los sistemas jurídicos. En esa oportunidad advirtió que, a pesar de existir algunos antecedentes jurisprudenciales extranjeros que admiten la posibilidad de más de dos vínculos filiales, en el proyecto de reforma “se estimó que, en este momento, receptar esa solución puede tener en el sistema argentino efectos no predecibles”; enumerando entre otros aspectos susceptibles de verse impactados por un cambio de semejante magnitud, la legitimación activa y pasiva en materia de alimentos, las cuestiones vinculadas a la custodia y los reclamos sucesorios (Kemelmajer..., p. 14. Ver también Manual de Derecho de las Familias, Herrera, M., Abeledo Perrot, C.A.B.A., 2015. En alusión a la posición de la doctrinaria, la autora refiere que ésta “defiende la postura cautelosa que adopta el texto civil de 2014” por las razones ya explicitadas –op.cit., p. 31-).

Por su parte, si bien la Dra. Herrera se ha pronunciado a favor de la posibilidad, reconoce que “sin perjuicio de alguna ley, algún proyecto de ley o jurisprudencia excepcional en el Derecho Comparado (...), esta postura aún muy minoritaria no es seguida en la reforma, que mantiene el sistema binario.” (Tratado de Derecho de Familia, T. II, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2014, p. 451/3).

Sin desconocer los supuestos reseñados por la autora al comentar el artículo 578 del C.C.C., lo cierto es que (como ella misma admite) “sustraerse al principio 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.” (p. 453). En esa tesitura interpreta que “de mínima, una modificación legal de tal envergadura debería ir acompañada de un estudio exhaustivo, en el que la perspectiva jurídica no sea la única presente. En otras palabras, debería comprometer una amplia indagación de tinte interdisciplinario.” (ibíd.)

A la luz de esas consideraciones estimo que la impugnación de la regla de doble vínculo encauzada en estas actuaciones, sin un debate que involucre a todas las ramas disciplinarias susceptibles de efectuar un aporte para examinar el tema desde una visión amplia, no puede tener lugar.

Concuerdo con la necesidad de realizar un examen detenido en el que intervengan múltiples miradas para examinar una cuestión de innegable repercusión, sin que el enfoque unidimensional de quienes se desempeñan en el ámbito jurisdiccional resulte suficiente para su esclarecimiento. Esa circunstancia me lleva a inclinarme por la improcedencia del desplazamiento de una pauta que, a pesar de todas las modificaciones introducidas, fue revalidada categóricamente en la última reforma.

En efecto, no obstante el viraje producido (que implicó un giro copernicano en el Derecho de Familia), el Legislador decidió mantener el límite legal susceptible de continuar funcionando como principio ordenador del sistema, y (de modo reflejo) de otros institutos, teniendo en mira que su alteración tendría la virtualidad de trastocar todas las instituciones vinculadas a la filiación. No se trata aquí de negar el origen de aquel principio sino de inquirir si, bajo el nuevo paradigma, la regla que instituye permanece en pie, sin que resulte menor la confirmación de su vigencia por el propio órgano deliberativo que abrigó aquella transformación legislativa en una fecha cercana, en comparación con la última modificación que le anteciedera.

En este aspecto parte de la doctrina y jurisprudencia consideran que “la presunción de constitucionalidad de las leyes se afianza cuando la norma es de reciente sanción, o ha sido implícitamente ratificada por el legislador” (cf. Drucaroff Aguiar, “A propósito de la declaración de inconstitucionalidad efectuada de oficio”, LL, 05/11/18, 7).

Aun cuando ese criterio no se vea exento de reparos (pues es factible que una norma asome desde su nacimiento como contraria al orden constitucional), es indudable que la cercanía temporal en el estudio legislativo del tema y la reafirmación de la regla que gobernaba el sistema es un argumento de peso que merece ser ponderado y que, en alguna medida, robustece el estándar de presunción de constitucionalidad, al tiempo que agrava la necesidad de acreditación de los recaudos exigibles para su invalidación.

VIII. En síntesis, el número de dos progenitores aparece como una alternativa razonable en el contexto de nuestra legislación.

Ese límite se extiende a las tres fuentes filiales. Así lo establece la propia norma, al consignar que el máximo de vínculos filiatorios por persona se reduce a dos “cualquiera sea

la naturaleza de la filiación” (art. 558, in fine). Por tanto, el tope rige también para las filiaciones provenientes del uso de T.R.H.A., en las que el elemento volitivo asume protagonismo. Así, quienes acudan a tales procedimientos se ven constreñidos en igualdad de condiciones a inscribir sólo dos vínculos.

Consecuencia de lo anterior es que, sin perjuicio de la cantidad de personas que hayan manifestado su voluntad procreacional, esa circunstancia es inhábil para quebrar la regla y acceder a una inscripción de más de dos ligámenes. Ésa es la respuesta admitida por amplio consenso en la mayoría de los países que regulan las T.R.H.A. manteniendo el principio binario (Tratado de Derecho de Familia, p. 729).

Conforme lo explicado, la ampliación del límite que clausura las filiaciones posibles incluso en casos de T.R.H.A. no puede dirimirse en tan acotado marco como el de autos, exigiendo de una discusión que se despliegue dando intervención a distintos campos disciplinarios y con la participación de todos los interesados en debatir sus implicancias y las modificaciones que podría aparejar la apertura; debate que corresponde desenvolver con preferencia en el ámbito parlamentario.

IX. Las circunstancias indicadas me aconsejan abstenerme de invalidar una norma que, en su actual redacción, no se vislumbra como manifiestamente inconstitucional, sin que en su aplicación al caso suponga una notoria transgresión de derechos y garantías de los litigantes.

Una solución distinta conllevaría el peligro cierto de arrogarse facultades ajenas a las que conciernen al Poder Judicial, con la indebida injerencia en una esfera de competencias reservadas a otro Poder al desautorizar una regla revalidada por el Órgano Legislativo en fecha próxima, sin que esa norma (que funda el sistema de filiación y expande sus efectos a otros institutos) luzca irrazonable o arbitraria; máxime considerando lo dicho respecto de la necesidad de un análisis interdisciplinario de la cuestión, y las consecuencias que podría aparejar el desplazamiento de un principio con profunda raigambre en nuestra tradición jurídica.

Lo resuelto no supone un obstáculo a la conformación familiar bajo el modelo que resulte acorde con las convicciones personales. La decisión se circunscribe a indagar si, en ese contexto, el Estado debe abdicar de su papel regulador de los derechos y hacer ceder el principio general para admitir la inscripción de una cantidad de vínculos superior a la prevista en la ley.

En relación con lo anterior se ha señalado que “el establecimiento de la filiación no sólo refiere a la vida privada familiar de los individuos que forman parte de la relación jurídica, sino que el establecimiento del vínculo impacta en el interés público. Al mismo tiempo supone que el Estado tiene una obligación de velar por los derechos y deberes implicados en el establecimiento de la filiación, lo que se materializa en deberes de control y regulación de la misma.” En suma, “el emplazamiento del estado de familia tiene consecuencias no sólo en la dimensión personal, sino también implicancias económicas y sociales.” (Código Civil y Comercial comentado, T. III, Dir. Alterini, J., La Ley, C.A.B.A., 2015, p. 436).

En ese marco debe examinarse con particular prudencia el emplazamiento pretendido, que se asienta en el elemento volitivo.

De acuerdo a lo ya dicho, tengo para mí que la voluntad procreacional que funda la filiación derivada de las T.R.H.A. no habilita a quienes desean constituir un vínculo afectivo tripartito a sortear la regla de dos para inscribir una pluralidad de vínculos respecto del nacido mediante esa técnica, pues la regla también opera en ese ámbito.

En ese orden, la ley restringe el emplazamiento como progenitor a dos personas de modo tal que, aun cuando todos hayan prestado su voluntad procreacional, sólo dos de esas voluntades serán pasibles de inscripción. E incluso si se adujera la limitación legal que impone al gestante uno de los vínculos filiales, nada impediría plantear su eventual invalidación, sin que corresponda emitir aquí valoración alguna al respecto atento tratarse de una cuestión ajena a estos autos.

En fin, la circunstancia de que se limite a dos personas el vínculo filial no puede ser considerado contrario a ningún derecho de índole constitucional en concreto. Es evidente que en la decisión del legislador de fijar dos, y no otro número, han pesado cuestiones sociológicas, jurídicas y valorativas que escapan al control judicial de validez de la ley. De otro modo (y desde otra perspectiva) el día de mañana podría cuestionarse cualquier número que fijase el legislador. Ello implicaría señalar que, lo que es inconstitucional, es que el legislador fije la estructura básica de la familia, lo que me parece un exceso.

Reitero, aquí más que cuestionarse el número, lo que se está cuestionando principalmente en abstracto es que se fije un número determinado de personas con las que se pueda mantener vínculo filial, ya que quienes han promovido esta pretensión no han logrado demostrar por qué razón la decisión legislativa es perjudicial o gravosa, o (con un giro en el razonamiento) por qué es más beneficioso un vínculo filial de tres o más personas, o incluso (y llevando más lejos mi pensamiento), por qué sería inválido desde el bloque de constitucionalidad que el legislador fije un número determinado (no está de más precisar que un planteo de esta naturaleza incluso colectivizaría la pretensión incoada).

En otras palabras, la parte pretendiente entiende, de alguna manera, que el vínculo filial debería quedar a la libre elección de quienes manifiestan la voluntad procreacional, lo que en ese aspecto limitaría una posible regulación estatal sobre aquel vínculo. No obstante, y por lo ya expuesto, la regulación estatal no solo está habilitada constitucionalmente, sino que es necesaria y únicamente sería inválida si se demostrara su manifiesta irracionalidad, lo que no acontece en el caso.

De lo contrario, insisto, la única solución posible sería que no exista número alguno.

X. En conclusión, y respecto a este aspecto puntual, quienes promovieron la pretensión no han logrado justificar y menos acreditar que el legislador carezca de atribuciones para fijar un número, ni que el establecido fuera groseramente inconstitucional.

No es ocioso puntualizar que en materia de control de constitucionalidad los jueces debemos ser deferentes con el autor de la norma de manera tal de privilegiar el correcto juego y armonía entre el sistema republicano constitucional y el democrático. Ambos deben conjugarse y es por tal razón que los jueces debemos privilegiar la voluntad del

legislador, salvo cuando esto no fuera posible sin generar una clara violación del texto constitucional.

Desde otro plano, y si eventualmente alguna objeción pudiera atribuirse a la decisión del legislador, ella no pasa por el número fijado al vínculo filial que no ha perseguido beneficiar a alguien en desmedro de otro, o de fijar criterios de desigualdad dándole a algunos lo que le resta a otros o fijando exclusiones arbitrarias. En todo caso dicha objeción podría fundarse en la imposibilidad de que ciertas personas formen parte del vínculo filial. Lo expreso con más claridad: sea el origen del vínculo biológico, o por técnicas de reproducción asistida, tal como a la fecha se encuentra legislado lo cierto es que siempre debe estar integrado por la persona que ha dado a luz, lo que implica que (en principio) la familia no puede conformarse sin ésta. En otras palabras, pese a existir técnicas de reproducción asistida y poder determinarse el vínculo en base a la voluntad procreacional, el sistema no permite desplazar a quien ha dado a luz, siquiera en el caso en que ésta manifieste total desinterés por asumir el rol de progenitora y de constituir el vínculo filial. Al ser la misma necesariamente parte del vínculo, quedan al margen determinadas personas que, según el caso, podrán considerarse afectados en sus derechos constitucionales.

Lo expuesto no implica ningún pronunciamiento sobre el punto, sino simplemente esbozar un eventual cuestionamiento que se podría llegar a efectuar en torno a la solución del legislador (y que de hecho se ha efectuado, tal como lo exhiben los repertorios jurisprudenciales; v. “H.M. y ot. s/ medidas precautorias”, 30/12/15, Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora; “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ots. c/ G.C.B.A. y ots. s/ amparo”; Cám. Ap. Cont. Adm. Trib. de C.A.B.A., 11/08/17, “; etc). De todos modos, no está demás remarcar que éste no ha sido el punto a decidir en el actual conflicto, en tanto nunca se ha puesto en cuestión que, quien ha dado a luz, forme parte del vínculo filial.

XI. Previo a finalizar, entiendo pertinente realizar una última observación.

Según lo precisado, el conflicto se reduce al pedido de invalidación de la norma legal que veda la posibilidad de inscribir tres vínculos filiales.

No es labor de la Judicatura expedirse respecto de cuál o cuáles de esos vínculos han de acceder a la inscripción, en tanto dicho asunto no ha sido sometido a decisión, ni media confrontación de intereses que haya motivado la intervención estatal.

Por eso estimo que lo interpretado por la a quo a fs. 265, 2do párrafo, es desacertado. Conforme su parecer, “se presenta en autos el hecho que de aplicarse la norma atacada, el juzgador tendría que elegir entre la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida excluyendo a una de las personas con voluntad procreacional del consentimiento informado, o declarar nulo dicho acto y aplicar la filiación por naturaleza” (fs. cit.); “...no pudiendo quien suscribe “elegir” cuáles dos serán jurídicamente sus padres, qué filiación es más fuerte que la otra... (fs.269vta., 2do párrafo).

Entiendo que con ello se confunde en el objeto del proceso una cuestión no comprendida en el mismo.

Es que la pretensión instada se ciñe al reconocimiento de la triple filiación, con la declaración de inconstitucionalidad del 3er párrafo del art. 558 del C.C.C. (v. fs. 74vta., pto. I). Por consiguiente, no es tarea de la Magistratura pronunciarse sobre quién/es deben figurar como progenitores, sino establecer si es factible que las tres personas lo sean simultáneamente. A mi juicio, al razonar de ese modo la sentenciante amplía los márgenes del litigio, pues su trabajo se limitaba a determinar si correspondía o no desplazar la regla de doble vínculo, y no a decidir el emplazamiento en base a una argumentación contrafáctica en el caso de desestimarse la demanda. La solución que se apoya en esa imposibilidad manifestada por la Judicante se muestra inconsistente.

Es innegable que el rechazo de la pretensión redundará en que sólo dos de los accionantes puedan ser emplazados. Mas ello no significa que, en esta causa, la a quo deba ponderar qué filiación es más fuerte que la otra, en tanto no se trata de una cuestión que haya sido traída a resolver. Tal decisión se funda en una premisa que funciona como motivo de convalidación, sin que corresponda (ni a la instancia de origen, ni a la revisora) dirimir un dilema conjetural, limitándose lo resuelto al pedido de reconocimiento de la filiación triparental y de la declaración de inconstitucionalidad.

Consecuentemente, me abstengo de formular apreciaciones sobre un aspecto extraño al conflicto planteado.

XII. Considerando que la limitación del artículo 558 in fine no se presenta como palmaria y manifiestamente contraria al ordenamiento constitucional, ni supone un cercenamiento de derechos y garantías de los reclamantes, me inclino por revocar la sentencia y desestimar la demanda.

A mayor abundamiento memoro que la inscripción reclamada por los actores hallaba desde sus orígenes el obstáculo que aquí intentarían superar. Fue en ese marco en el que resolvieron constituir su familia y convertirse en progenitores, con pleno conocimiento de la traba legal que se alzaba para la inscripción triple, configurando su proyecto con la expectativa de que su pretensión fuera eventualmente acogida.

En ese escenario, argüir el interés superior de la niña o su derecho a la identidad para que se la reconozca como hija de tres progenitores en función de una situación actualmente consolidada es colocar la consecuencia de lo acaecido como causa justificante de la admisión de una pretensión que, desde el comienzo, carecía de sustento.

La esperanza que guardaban y la conducta asumida en función de esa circunstancia no apuntoca la invalidación de la regla del doble vínculo alegando que la niña ya posee una identidad conformada en base a aquel modelo, o que su superior interés impone acoger la pretensión, cuando la formación de esa identidad y la constitución de tal interés respondió a una voluntad común apoyada en una expectativa de los adultos con conocimiento de que, frente a su manifestación procreacional, se erigía un valladar legal. De lo contrario bastaría con actuar según las propias convicciones en una materia atravesada por el orden público para luego, invocando los parámetros indicados y afinándolos en hechos consumados, obtener el apartamiento del régimen. Sin perjuicio de interpretar que la limitación no contradice el mentado interés o el derecho a la identidad, estimo que tal proceder no puede devenir indefectiblemente en un reconocimiento de la pretensión instada.

XIII. Para culminar, aclaro que el rechazo dispuesto no incide en eventuales derechos que puedan llegar a asistir a una persona que no ostente vínculo legal de filiación para la fijación de un régimen de comunicación o de alimentos, en tanto esa circunstancia no descarta la existencia de otros lazos que ameriten o den pie al establecimiento de derechos y obligaciones. En este sentido se ha indicado que “el sistema binario no es óbice para el reconocimiento de ciertos o determinados derechos a favor de una tercera persona con la cual no se mantiene vínculo filial...” (Tratado..., p. 453).

A dicha solución se arribó en un caso en el que se ordenó un régimen comunicacional “a favor de la ex pareja lesbiana de la madre biológica de un niño que fuera fruto de la inseminación artificial con el semen de un varón unido en pareja también homosexual”; técnica consentida por los cuatro involucrados, conviviendo la requirente con el niño desde su nacimiento y ejerciendo su función de progenitora junto con la madre biológica. En esa ocasión se interpretó que, frente a las aristas del caso, adquiriría especial relevancia 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...” (ibíd., con cita de fallo de J.Fam. N° 4 de Córdoba, 28/06/2010, “A.S.G. c/ M.V.S. y ot. s/ medidas urgentes”, en Rev. Derecho de Familia, 2011-1-137. Asimismo -y con mayor detalle del caso-, Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia, citado, p. 303/5).

Con esa salvedad, y en razón de los argumentos previamente desarrollados, me expido revocando la sentencia apelada y desestimando la pretensión de reconocimiento de triple filiación y declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 in fine del C.C.C., con costas a los accionantes (argto. art. 68 del C.P.C.C.).

En consecuencia, a la segunda cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

Corresponde: I. Revocar la sentencia apelada, desestimando la pretensión de reconocimiento de triple filiación y declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 in fine del C.C.C., con costas a los accionantes (argto. art. 68 del C.P.C.C.)

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y sus fundamentos, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I.) Revocando la sentencia apelada y desestimando la pretensión de reconocimiento de triple filiación y declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 in fine del C.C.C., con costas a los accionantes (argto. art. 68 del C.P.C.C.) II.) Difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (argto. art. 68 del C.P.C.C.; art. 31 decr. ley 8.904/77). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.

Si-///

///guen las firmas

RAMIRO ROSALES CUELLO

ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ

JOSÉ GUTIÉRREZ

- Secretario-