

PL-1725-2019

P. G. A. S/ ADOPCION. ACCIONES VINCULADAS

JUZGADO DE FAMILIA N.º 1 - PILAR

AUTOS Y VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas P.G.A. S/ ADOPCION. ACCIONES VINCULADAS PL 1725/2019, venidos a despacho a los fines de dictar sentencia de los que; RESULTA

1) Que con fecha 25/02/2019 se presentan las Sras. M.B.O. y L.F.P. con el patrocinio letrado de la Dra. Catalina Wilensky iniciando formal demanda de adopción por integración respecto del niño G.A.P. -

Exponen que el niño resulta ser hijo de L.F.P. y que desde su nacimiento el día 11/01/2016 el niño vive con ellas, en el domicilio de la calle XXX de la Localidad de XXX, Pilar. -

Manifiesta la Sra. M.B.O. que desde la llegada de G. lo ha considerado como hijo suyo y que a su vez él la considera su madre integrándose plenamente a la familia que la misma constituyó con la Sra. P., con quien se encuentra casada desde el año 2012.-

Solicita que, a fin de transformar una situación de hecho, en derecho, se acuerde la adopción de integración plena de G.A.P., prestando conformidad para ello, la Sra. P., su cónyuge. -

Funda en derecho, y ofrece prueba de las que intenta valerse. -

2) Que con fecha 18/03/2019 toma intervención la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. María Lujan R. Villar, en los términos del art, 103 del Código Civil y Comercial.-

Solicita que la Sra. P. se manifieste en relación a la filiación paterna del niño G.A. -

3) Que con fecha 14/04/2019 la Sra. P. cumple el requerimiento de la Sra. Asesora refiriendo no poder aportar dato alguno del padre biológico del niño.-

4) Que con fecha 3/10/2019 obra declaración testimonial de las Sras. Mónica Carina Gonzalez y Laura María Mersch.-

5) Que con fecha 23/10/2019 obra acta de audiencia en los términos del art. 12 de la CIDN de la cual surge que he escuchado al niño de autos, quien ha dicho: "... que vive con mami y momi. Que son sus dos mamás....".-

6) Que en fecha 20/11/2019 las actoras desisten de la prueba testimonial pendiente de producción.-

7) Que en fecha 11/2/2020 se glosa el certificado emitido por el Registro Nacional de Reincidencias.-

8) Que en fecha 21/2/2020 obra informe socio ambiental elaborado por la Lic. Carolina Vila., quien en sus consideraciones expresa: "En función de los datos recabados en entrevista y las observaciones realizadas en contexto puede inferirse que el niño de referencia se encuentra incluido en un grupo familiar contenedor, que respondería a sus necesidades materiales y afectivas, resultando en tanto referentes adultas de crianza ambas mujeres de la pareja, a quienes el niño reconoce en rol filiatorio... No obstante, ello, y considerando la información obrante en el expediente, se estima correspondiente arbitrar los medios necesarios a fin de garantizar los derechos a la identidad y el origen del niño G.A.P.". -

9) Que en fecha 21/5/2020 se intima a la Sra. P. y O. a que aporten los datos del progenitor biológico del niño, cumplimentado las peticionarias mediante presentación electrónica de fecha 28/06/2021 lo requerido señalando como padre de G. al Sr. L.O.R.-

10) Que en fecha 17/8/2021 obra acta de audiencia celebrada ante la Suscripta con las Sras. P. y O., el Ministerio Pupilar y el Sr. R., de la cual surge: "...manifiesta el Sr. R. que son amigos de hace casi 20 años con las peticionantes en autos. Que sabiendo el deseo de ellas de tener un hijo el dicente accedió a ser donante, pero sin compromiso alguno porque nunca fue su idea ser padre de G. Que renuncia a los derechos de padre del niño, luego de haberlo conversado con su letrada.".-

11) Que en fecha 8/9/2021 el Sr. Asesor de Incapaces emite dictamen final del cual se desprende: "...En razón del caso concreto y la trama argumentativa desarrollada, solicito:

a) se rechace el pedido de dictado de sentencia en los términos invocados: adopción plena por integración (arts. 630 y conc.);

b) se declare inaplicable para el caso concreto lo normado por el Capítulo 2, del Título V del CCyC, referido a las reglas generales de la filiación por TRHA con la intervención de un centro de salud (arts. 560, 561 y conc.);

c) en consecuencia con los puntos a y b, se dicte sentencia, declarando progenitora de G.A.P. a la señora M.B.O. y dejándose expresa constancia que dicho decisorio se realiza bajo la figura de la filiación por técnicas de reproducción asistida, bajo la modalidad privada "casera", aplicando normas y principios, bajo el salvoconducto ofrecido por los artículos 1 y 2 del CCyC, resguardando lo previsto por el artículo 558 del CCyC;

d) se deje constancia de la identidad del donante a los fines de poder obtener a futuro información relativa sus datos médicos y/o a los fines que se requieran conocer;

e) se haga saber a las progenitoras, en miras del principio pro minoris, las particularidades de la solución propuesta, las cuestiones transversales a las actuaciones y que deberán dar cumplimiento con el artículo 596 del CCyC;

f) ante el incumplimiento de las formalidades previstas para la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (Capítulo 2, del Título V del CCyC), puntualmente se deje salvaguarda la acción prevista por el artículo 590 del CCyC;

d) se cumpla con el punto 4 de la demanda inicial (adición del apellido de la comadre);

e) se de vista al Agente Fiscal (conf. proveído del 27/8/21)."-

12) Que en fecha 13/10/2021 se da vista al Sr. Agente Fiscal quien en forma literal expresa: "La presente causa versa sobre el pedido de adopción por integración planteada por la Sra. O. en el escrito de inicio, cuando el menor en cuestión tenía dos (2) años de edad. En dicha presentación, la actora menciona que se encuentra casada con la Sra. P. desde el año 2012, es decir 4 años antes del nacimiento del niño.

En la presentación realizada el 20 de noviembre del 2019, la Sra. P. menciona que G. es fruto de una relación "CASUAL", sin que le de la entidad correspondiente al hecho, pero posteriormente, en las diligencias producidas el 18 de diciembre de ese mismo año, surge que en realidad la pareja manifestó que "no llegábamos a pagar la inseminación y un amigo se ofreció a ayudarnos" utilizando además términos como "favor" por lo que en realidad la Sra. P. tenía pleno conocimiento del progenitor biológico de G. .

El 17 de agosto del corriente año, se presentó el Sr. Luis Orlando Rodríguez, quien manifestó ser amigo de la pareja solicitante desde hace más de veinte años, siendo la persona que las "ayudo" a concebir al menor. Se le consulto por su deseo de ser padre y el mentado lo negó, solamente siendo un mero donante de material biológico para la concepción.

Por otro lado, el 24 de agosto del corriente año, la asesoría de menores e incapaces tomo conocimiento del estado de las actuaciones y presento un dictamen negativo, en el cual hace hincapié en tales incongruencias en el expediente, la violación al derecho de identidad de G. e incluso en la cuestión de los vínculos legales al conocer al padre, mencionando además que la figura solicitada no corresponde con la realidad de los hechos....manifiesto MI OPOSICIÓN al dictado de la sentencia de adopción por integración, adhiriendo en los argumentos presentados por la Asesora.".-

13) Que a posteriori se llaman los autos para el dictado de la sentencia providencia que se encuentra firme y consentida y;

#### CONSIDERNADO:

I.- Antes de adentrarnos en el análisis del caso cabe hacer algunas consideraciones a fin de determinar si corresponde o no hacer lugar a la demanda tal cual fue presentada por las accionantes. Ello teniendo en cuenta además los dictámenes formulados por el Sr. Asesor de Menores y Agente Fiscal quienes se oponen a la pretensión de la actora.

II.-El caso de autos no es el único donde se plantea un pedido de adopción por no aceptarse la registración de un niño de un matrimonio integrado por personas del mismo

sexo. Tampoco es poco frecuente entre parejas de mujeres que se recurra a un tercero (amigo/familiar) para lograr un embarazo, tal es así que situaciones como la planteada en estas actuaciones dieron origen a una nota periodística efectuada en el Diario "LA NACION" que fue publicada por Sebastián Ríos el 7 de marzo de 2015, en la cual se dice: "En la dinámica familiar de estas parejas se pueden dar distintas situaciones", dice Adrián Helien, médico psiquiatra y sexólogo del hospital Durand, autor del libro Cuerpos equivocados. "En general, tiene que ver con la cercanía de la persona: si es un familiar, el desarrollo de la vida hará que haya una cercanía, pero también hay casos en los que las personas que se ponen de acuerdo para tener un hijo luego no tienen contacto." La elección de la pareja con quien tener un hijo puede recaer en un amigo o, incluso, en un desconocido. En los Estados Unidos, por ejemplo, son varias las redes sociales que ponen en contacto a personas solteras que buscan una persona con otra con fines de copaternidad. En la Argentina, en muchos casos las personas buscan dentro de su círculo cercano. "Me han contactado amigas, que son parejas lesbianas, para pedirme que participe de la fecundación", cuenta César Cigliutti, presidente de la Comunidad Homosexual Argentina. "Tenía una relación afectiva, pero dije que no, porque no podría sólo donar, sino que sentiría la necesidad de incluirme en ese proyecto." (<https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/paternidad-entre-amigos-una-nueva-forma-de-familia-nid1774046/>)

III.- A partir de la sanción de la ley 26.618 en el año 2010 que reconoció a personas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, surgió el interrogante: ¿opera la presunción de «paternidad» del marido de la madre para la cónyuge de la mujer que dio a luz según lo disponía el art. 243 del Código Civil hoy derogado?

En el actual Código Civil y Comercial la "Determinación de la filiación matrimonial" está prevista en el art. 566 y establece lo siguiente: "Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título". Aquí se puede observar una correlación normativa similar a la redacción que oportunamente reglaba el art. 243 del Código Civil de Vélez, con un cambio de terminología donde pasa a llamarse "Determinación de la filiación matrimonial", haciéndola comprensiva tanto de la paterna como la materna, diferenciándose así de la redacción de la antigua norma que solo comprendía la presunción de la paternidad por matrimonio, como así también la inclusión de todo tipo de matrimonio: "de igual o de ambos sexos".

Coincidimos con lo sostenido en la obra dirigida por el maestro Alberto J. Bueres, en la que se destaca la mejora en la redacción. Entiende el autor: "Se mejora la redacción al quedar en claro que el plazo máximo durante el cual regirá la presunción comienza a contarse siempre desde la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio" (2).

Asimismo, y si bien corresponde a otro eje de análisis, compartimos con aquella acertada manifestación de Julio César Rivera y Graciela Medina (3), que expresan la

existencia de contradicción en mantener una presunción de filiación en el Código unificado (CCivCom), toda vez que en él se relativizan los deberes conyugales de "cohabitación y fidelidad". Cabe destacar también que la presunción no rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre, resultando esencial dicho elemento para que se configure el supuesto de presunción. ("Presunciones de paternidad en el nuevo Código Civil y Comercial argentino" por CLAUDIO H. FEDE, GABRIEL E. LANZAVECHIA -24 de Mayo de 2016 <http://ar.microjuris.com> - MJ-DOC-9890-AR Id SAIJ: DACF180241)

Kemelmajer afirma que el conflicto se relaciona directamente con la pregunta: ¿conculca al interés superior del niño el ser criado por dos personas del mismo sexo? La respuesta nos la da la Corte Interamericana en el caso «Atala Riffo vs. Chile» del año 2012 que, al citar a la Corte mexicana nos dice: «no existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Quienes sostienen esa creencia inconsistente, lo hacen a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social».

La CorteIDH resaltó que "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre" (párr. 151) y que "la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de `idoneidad, necesidad y proporcionalidad`".-

En este orden de ideas la jurisprudencia ha dicho: "Si bien la ley 26.618 de matrimonio igualitario no modificó el artículo 243 del Código de Vélez, sí reformó el inciso c) del art. 36 de la ley 26.413, referido al contenido del acta de inscripción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio: «El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de la madre y su cónyuge, tipo y número de los respectivos documentos de identidad».-

La cuestión en torno a la filiación en parejas del mismo sexo casadas no fue ajena al legislador, ya que dispuso que los niños que nacen de matrimonios conformados por dos personas del mismo sexo se inscriban con el apellido de la madre y de su «cónyuge». Dicha mención legal, implica reconocer que un niño puede tener filiación con dos madres, generándose el vínculo filial con la mujer que da a luz y su cónyuge. Así, la doble maternidad era reconocida en casos de parejas de mujeres ya casadas. En el marco de una pareja no casada, la solución era aún más compleja ante la falta de legislación aplicable al caso. -

Ninguna norma debe ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio heterosexual como homosexual.

Esta interpretación que se impone a partir del principio de igualdad y no discriminación, surge del artículo 42 de la ley 26618 y reiterado por el 402 del Código Civil y

Comercial, que prescribe la prohibición de distinguir los hijos nacidos de un matrimonio entre personas de diferente sexo y de igual sexo. En consecuencia, si el nacimiento genera ipso iure un vínculo con ambos miembros de la pareja conyugal heterosexual, igual solución debe darse en un matrimonio de mujeres; de lo contrario, se alteraría la norma legal y su fundamento constitucional, respetuoso de los principios de igualdad y no discriminación. -

La presunción de filiación se encuentra establecida en el art. 566 del Código Civil y Comercial de la Nación: «se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio (.)». De esta forma, el Código amplía la regulación del código derogado, en matrimonios de mujeres. Se dará la comaternidad, pues ambas son madres. - La práctica registral comenzó a admitir el doble vínculo filial de los hijos de parejas casadas, con independencia de su orientación sexual. Lo que pareciera que no ocurrió en este caso.- Azpiri, que pregonaba la adopción de integración, para el caso de niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres, al analizar el Código Civil y Comercial, destaca el cambio de presunción de paternidad a la presunción de filiación, que resulta adecuado a los matrimonios de personas del mismo sexo.-

A la luz de la perspectiva heteronormativa, la presunción de filiación se deriva del dato biológico, pero con la inclusión del matrimonio igualitario, la presunción va a responder al proyecto parental y a la voluntad de tener un hijo y criarlo con la cónyuge de la mujer que dio a luz.- Esta presunción matrimonial se impone en supuestos en los que se entrecruzan prácticas caseras y uniones matrimoniales compuestas por dos mujeres, ya sea que se haya procedido a la inseminación casera con material genético -semen- de una persona conocida o bien se haya mantenido relaciones sexuales con un señor al solo fin de que una de las cónyuges quede embarazada. En estos casos cabe aplicar la presunción matrimonial del 566 del C.C.C.N.

En los matrimonios de personas de mujeres que tienen hijos, debe hacerse valer la presunción de filiación derivada de la unión matrimonial, por aplicación del juego de los arts. 402 y 566 del CCivCom., y no el régimen de la adopción por integración, ya que si el nacimiento genera, ipso iure, un vínculo con ambos miembros de la pareja conyugal heterosexual, igual solución debe darse en un matrimonio de personas de igual sexo; de lo contrario, se alteraría la norma legal y su fundamento constitucional, respetuoso de los principios de igualdad y no discriminación. ("P. M. s/ acción de emplazamiento filial" - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de San Ramón de la Nueva Orán III - Fecha: 16-abr-2021 - Cita: MJ-JU-M-131758-AR | MJJ131758 | MJJ131758)

IV.-Sabido es que el derecho del niño a crecer con su familia de origen resulta uno de los pilares jurídicos más importantes, pues así está normado en los arts. 17 y 19 de la Convención Americana y en los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN).

El derecho a la identidad ha sido conceptualizado en numerosos trabajos de autores, y en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, a partir de la definición dada por el jurista

Fernández Sessarego quien lo define como: "El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro' (...) nadie pretende que la identificación de una persona se agote a través de un solo y único medio, como podría ser el nombre, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal (...)">(6).

A partir de tales nociones, para el jurista, el derecho a la identidad, presenta dos vertientes, una estática y otra dinámica. Mientras en la faz estática se encuentran los atributos de identificación y el origen genético (huellas digitales y signos distintivos de la persona como el nombre, la fecha de nacimiento, nacionalidad, edad, etc.), la faz dinámica refiere a la proyección histórico-existencial de la persona. Ambos aspectos se combinan e interaccionan para darle a la persona su propia identidad. Así, la identidad de la persona debe incluir el conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto.

Por su parte, Santos Cifuentes sostiene "El nombre, atributo de la personalidad, junto con otros datos que hace la a identificación del sujeto-como el sexo, la edad, etc.-, conforman una cualidad no dinámica, pues entran en los registros sin depender de la vida en su movimiento formativo. La formación de la personalidad individual en el sentido social y psíquico, es ajena a la imposición del nombre"(7).

Ahora bien, desde el marco normativo, el derecho a la identidad se encuentra consagrado en los arts. 33 y 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, en los arts. 7 y 8 de la CDN, en el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de discriminación racial, entre otros instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la filiación (como un aspecto estático de la identidad) otorgándole tutela jurídica.

La CDN, en su artículo 8.1, señala que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

En este orden de ideas, en forma concordante con el derecho a vivir y permanecer en la familia de origen y el derecho a la identidad, el art. 11 de la ley 26.061 se refiere expresamente a la subsidiaridad de la convivencia de niños en otros grupos distintos al de origen, principio que se ve reforzado en el artículo que se analiza. En otras palabras, debe dársele prevalencia al derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores.

Es en tal virtud que debe estarse al carácter excepcional y subsidiario de los institutos de convivencia alternativa de los niños, entre los cuales se encuentra la adopción (8). Adviértase que, íntimamente ligado al derecho de identidad, encontramos el derecho del niño a conocer sus orígenes. Dentro de un vínculo familiar es imprescindible que una persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres

biológicos, para poder ejercer su derecho a la identidad. Pues esta noción confiere el derecho de pertenencia, para así entender el presente y construir el futuro.

Con fundamento en lo antedicho, el art. 596 del CCivCom dispone que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. En caso de que la persona sea menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. A sus efectos, el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen.

En esa línea argumentativa, los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente, tal como lo dispone el art. 321 inc. h) del actual Código Civil.

El CCivCom en su art. 620 incorpora un nuevo régimen de adopción, la llamada adopción integrativa, que es precisamente aquella donde se pretende adoptar al hijo del cónyuge o al hijo del conviviente.

Este tipo de adopción no estaba regulada sistemáticamente en la Ley 24.779, no obstante, pueden encontrarse en el código de Vélez Sarsfield normas aisladas que configuraban este instituto, aplicado tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Se ha definido a la adopción integrativa como a aquella que tiene por objeto completar la familia nuclear del adoptado, incorporando la figura del padre o de la madre que falta, pero respetando y fortaleciendo el vínculo existente con el progenitor que lo tiene bajo su guarda(19).

Por otro lado, el art. 622 del CCivCom establece que a petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena. La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Otra de la pauta establecida, es que la adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. (art 630 CCivCom).

Como se advierte, la adopción de integración, al ser un tipo de adopción autónoma, además de las reglas generales aplicables en esta materia, se rige por las siguientes reglas especiales: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no se exige previa guarda con fines de adopción; f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de

origen. A su vez, es revocable bajo las mismas causales para la adopción simple, haya sido o no otorgada en tal carácter (art.633 CCivCom). ("Nociones acerca de la adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" por ROMINA A. MÉNDEZ junio de 2015 Revista Ediciones Jurídicas, N.º 1. Director: Diego Oscar Ortiz -Id SAIJ: DACF160383)

V.-Cabe aclarar que esta breve reseña del derecho a la identidad y la adopción integrativa resulta de utilidad para dar luz a la cuestión sometida a debate.

Siguiendo con el análisis podemos decir que en el régimen que instala el nuevo código corresponde diferenciar como respuestas autónomas el derecho de acceso al doble vínculo y el derecho de acceso a la verdad de origen.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci, al distinguir el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación, dijo: "...ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético." (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Origen biológico. Derecho a conocer", Jurisprudencia Argentina 2009-1-1035).

VI.- Un tema que no puede ser dejado de lado es la "voluntad procreacional" que en el caso de autos se ve reflejada de dos maneras diferentes y contrapuestas: la voluntad procreacional de la cónyuge de la progenitora del niño en su faz positiva y la del progenitor biológico del mismo en su faz negativa, toda vez que nunca fue su intención ser el padre del niño de autos.

Con respecto a este tema el Sr. Asesor en su dictamen final, con el cual coincido expresa: "Siguiendo la línea argumental y de acuerdo al caso concreto ¿es posible afirmar genéricamente que convalidar esta práctica sin sustento legal es lo que mejor respeta la identidad del niño? Al correrse de las reglas de la filiación por TRHA, también podría verse vulnerado este derecho fundamental. Recordemos que, justamente uno de los pilares de la regulación está vinculado con el resguardo del derecho a la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas, el acceso a los datos médicos del donante y a la identidad de éste -por razones debidamente fundadas- (artículos 563 y 564 del CCyC).

b) Voluntad procreacional. Es otra cuestión no menor, que se vincula con el argumento anterior y que altamente debe considerarse al momento de resolver, destacando que el señor R. en su proceder y tal como lo manifestó certeramente en la audiencia del 17/8/21, subsanando la falencia que traía el planteo inicial, nunca estuvo presente en él su deseo de ser progenitor, careciendo de voluntad procreacional.

En este sentido, hay que repasar algunas ideas. Lo volitivo en la filiación juega un papel

trascendental y desde el campo jurídico, es el elemento relevante para la determinación de la filiación en el campo de las técnicas de reproducción humana.

Como se aprecia en el caso analizado, aunque el derecho familiar se caracterice por contener varias normas imperativas, en esta materia se pueden considerar sensiblemente disminuidas, por una creciente intervención de la voluntad de los sujetos en la relación que generada.

Siguiendo con esta línea de análisis, la importancia que alguna vez se le atribuyó a la verdad biológica ya no es tal y como se ha dicho con respecto a la paternidad: "no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva" (conf. CHAVES DE FARIAS, C. y ROSENVALD, N. en "Direito das Famílias", Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, pág. 517).

Bajo estos supuestos, la filiación ya no transcurre por un determinismo biológico. Se tornó una construcción afectiva. La paternidad no es sólo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o resumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva (conf. DELENSKI, J. C. O, "O Novo direito da filiação", Sao Paulo, Dialectica, 1997).

Tal como expresa Lamm, "como consecuencia de la aparición de las TRHA, se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización de la paternidad', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial" (conf. "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 50, Editorial Abeledo-Perrot, pág. 49).

Debe valorarse en estas actuaciones, la ausencia de la voluntad procreacional por parte de quien aportó el gameto masculino. Aunque cabe resaltar que, el uso de las TCI se aparta de las previsiones vinculadas con la instrumentalización de la voluntad procreacional, inobservando las formas del consentimiento previo, informado y libre de las personas intervinientes; previstas por el artículo 560 del CCyC.

Por su parte, el artículo 561 advierte que la instrumentación debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria. Tajante es el artículo 562, al decir que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

De la lectura del caso y encausando el planteo inicial utilizado, se vislumbra una clara inclinación al abordaje de las TCI en el marco de la filiación por TRHA. Como hemos

visto, los límites a la autonomía personal en cuestiones filiales ya están determinados por las variables que propone el CCyC. Entonces, resta cuestionarse: ¿por qué se acude a las TCI, eludiendo normas instauradas que dan un marco jurídico sólido a la voluntad procreacional? Hay posibles respuestas, pero no me corresponde abordarlas en mi rol ante una situación consumada, apelando al principio de realidad, y priorizando la identidad y el interés superior de G..

c) Igualdad y no discriminación. Con relación a este principio constitucional-convencional, en un fallo con similares características (véase "Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (FALGBT) y otros contra GCBA y otros sobre Amparo", 9/11/18, Juzgado N.º 19 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) se indicó oportunamente: "el Estado debe proteger y promover la formación y reconocimiento de todos los tipos de familias sin discriminar ni privilegiar unos modelos por sobre otros, y por lo tanto, no puede negar a las familias que recurren a las técnicas de reproducción asistida de forma privada, el derecho al reconocimiento de su realidad familiar".

A su vez, el CCyC, en miras del principio abordado en este apartado, regula la presunción de filiación matrimonial, expresando en su artículo 566: "Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio.... La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre...". También, la Ley 26618 modificó el inciso c) del artículo 36 de la ley 26413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y actualmente establece que "la inscripción deberá contener: c) el nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad".

Como si fuera poco y bajo estos mismos lineamientos, el artículo 402 del CCyC fijó una cláusula genérica por la cual se exige reconocer a los matrimonios igualitarios los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios de personas de distinto sexo.

En definitiva, por las razones señaladas e independientemente de los riesgos que se mencionarán a la brevedad, no hay motivo para que sea desconocida la comaternidad en el caso en particular.

En cuanto al pedido individual por parte de las coactoras, derivado en una respuesta concreta e inmediata; vale preguntarse: ¿cuál otra puede ser la respuesta del Poder Judicial ante esta realidad planteada? Sin reglas claras, aunque sin importar las condiciones en las que se produjo la práctica "privada y casera", en miras de los antecedentes del caso y el interés superior del niño, la solución judicial no puede dejar de brindar un resguardo legal a esa familia y particularmente, a este niño.".-

El CCCN en la reglamentación ha procurado consagrar y plasmar en el articulado, todos éstos principios en consonancia con el texto constitucional, los tratados internacionales

de derechos humanos y la jurisprudencia comparada, dentro del paradigma denominado "constitucionalización del derecho privado", tales como, el principio del interés superior del niño, el principio de igualdad de todos los hijos, el derecho a la identidad e inmediata inscripción, la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación, el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica, la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

La voluntad procreativa es el eje y elemento determinante a los efectos de ésta filiación (Herrera, M., & Lamm, E., 201245 citado por Lorenzetti. 2015. pág.480) consagrándose en la legislación civil argentina como un verdadero concepto jurídico del que se desprenden múltiples consecuencias.

Dentro de la doctrina argentina, la doctora Lamm, subraya que la filiación por TRHA es una nueva realidad que supone la desbiologización y/o desgenetización de la filiación y junto a ellas se perfiló la parentalidad voluntaria o voluntad procreacional, un redimensionamiento y retorno a la verdad voluntaria, en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo.

La voluntad procreacional no solo es un concepto jurídico, reducirlo a ser tal implicaría restarle valor y dimensiones enriquecedoras, por destacar uno, en el ámbito jurisdiccional será determinante para resolver casos en los que se presente en conflicto el vínculo filial. Se trata por tanto, de un derecho humano fundamental que otorga y reconoce a su titular prerrogativas para su ejercicio pleno.

Queda inaugurado, a consecuencia de la reforma, dentro de la legislación civil argentina el derecho filial tripartito, Lorenzetti (2015, pág.475) analiza y advierte sobre los debates y resistencias que generaron la incorporación y reglamentación legislativa de las TRHA, puesto que éstas representan una manera de acceder a la maternidad/paternidad tanto a las parejas heterosexuales como a las del mismo sexo, desde la perspectiva jurídico-constitucional-internacional se busca salvar y tutelar correctamente la diversidad sexual e identidad de género mediante los principios de igualdad y no discriminación y dentro del marco de una constante revisión de los paradigmas de familia y en procura del reconocimiento jurídico-social de las nuevas dinámicas familiares. El jurista continúa explicando:

Esta amplitud por la cual la familia tradicional no se ve perjudicada en lo absoluto sino que simplemente debe completar el escenario jurídico -como así acontece en la realidad- con otras formas de familias es lo que en los Fundamentos del Código se menciona de manera expresa bajo las nociones de "multiculturalidad" y "pluralismo", las cuales también se ven reflejadas al regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente de la filiación, y además, en cómo o en qué sentido se lo hace (Lorenzetti, 2015, pág.475- 476).

Por todo lo expuesto, los argumentos esgrimidos y en mi convicción sincera que el decisorio resulta adecuado al caso teniendo como prioridad el interés superior del niño

consagrado en el art. 3 de la CDN, la conformidad prestada por el Sr. Asesor bajo el salvoconducto ofrecido por los artículos 1 y 2 del CCyC, resguardando lo previsto por el artículo 558 del citado Código, RESUELVO: I) RECHAZAR la acción de adopción integrativa planteada por la Sra. O. .

II) HACER LUGAR al emplazamiento filial del niño P.G.A. como hijo de las Sras. M.B.O. con DNI 17.725.627 y Lorena Fabiana P. , con DNI 29.345.239, de conformidad a los fundamentos expuestos en el Considerando.-

III) ADICIONAR el apellido "O. ", quedando el nombre del niño P.G.A. como "P. O. G. ANTONIO", con DNI 55.268.154, de conformidad a la voluntad expresada por las progenitoras, quienes deberán dar cumplimiento con el artículo 596 del CCyC;-

IV) ORDENAR al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, proceda a emitir Acta de nacimiento de conformidad a los Puntos II y III de este Resuelvo.-

V) Teniendo en cuenta las tareas profesionales desempeñada por la peticionante, habiéndose llevado a cabo las mismas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 14.967 y en consideración entre otros parámetros, las etapas del proceso, y el tiempo empleado, régulense los honorarios de la letrada patrocinante de las actoras Dra. CATALINA WILENSKY (T° LI F° 57 CASI), XXX, en la suma de CUARENTA (40) IUS, cuyo valor definitivo se establecerá al momento de hacerse efectivo el pago conforme el valor del ius vigente (conf. arts. 1, 9 I f, 15, 16, 24, 54, 57, 58 y ccs. Ley 14967), con más las integraciones correspondientes de Ley 6716.-

Difiérase la regulación de la letrada del Sr. L.O.R., Dra. YANINA BELEN MUJICA hasta tanto denuncia su C.U.I.T. y situación frente al IVA. -

VI) REGISTRE. NOTIFIQUE.-