



“E [REDACTED] MA [REDACTED] A [REDACTED] C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de mayo de 2017.

“... decidir tener tu corazón andando fuera de tu cuerpo para siempre” (Elizabeth Stone)

Y VISTOS:

1. A fs. 1/24 se presenta [REDACTED] por derecho propio y con el patrocinio letrado de las abogadas Flavia Massenzio y [REDACTED] e interpone acción de amparo contra el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, con el objeto de que: **a)** se deje sin efecto, por ser discriminatorio, el **Dictamen n° 085092** emitido por la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el 1/08/2011, denegatorio del reconocimiento de la niña S.V.R. como hija suya; y **b)** se ordene a aquél que inscriba dicho reconocimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas por medio de las autoridades que correspondan. Consecuentemente, se la incorpore en la partida de nacimiento como **madre de la niña junto con A [REDACTED]**

Subsidiariamente, peticiona se declare la inconstitucionalidad de los artículos 240 y 250 del Código Civil y 45 de la ley n° 26413 por contravenir el derecho a la igualdad, a la real identidad y atentar contra el interés superior de la niña y la protección de la familia.

Expresa que la decisión administrativa cuestionada vulnera el derecho a la igualdad de trato y a la protección de la familia y no contempla el cambio generado por la ley de matrimonio civil igualitario.

Asimismo razona que si se tratara de una pareja heterosexual sólo bastaría con la declaración del varón ante el oficial del Registro Civil para que S.V.R. llevara el apellido de éste.

Señala además que cuando una pareja heterosexual concibe un hijo mediante técnicas de fertilización asistida con semen de donante anónimo, no se

presenta obstáculo para que el hombre reconozca a su hijo aun sin existir el vínculo biológico. Colige entonces que tampoco debería haberlo en el caso de parejas homosexuales. Caso contrario representa, a su entender, una práctica discriminatoria en razón de la orientación sexual.

Al respecto indica que la Constitución Nacional, los pactos internacionales incorporados a ella y la ley n° 23.592 vedan expresamente el trato discriminatorio en razón de la orientación y preferencias sexuales. De tal suerte, afirma, la negativa a su pretensión de reconocer a la niña como su hija resulta arbitraria.

2. A continuación efectúa un relato de los hechos que motivan el reclamo de autos.

Refiere que luego de cinco años en pareja con [REDACTED] [REDACTED] ambas decidieron tener descendencia y que el 1/3/2007 nació S.V.R., fruto de esa decisión.

Luego explica que se unieron civilmente en diciembre de 2007, dado que todavía no estaba regulado el matrimonio civil igualitario. Contrataron seguros recíprocos y tomaron una serie de recaudos a fin de tutelar su realidad familiar.

Relata que S.V.R. creció hasta los dos años y once meses en un contexto familiar constituido por dos madres. En 2009 y tras ocho años de pareja, el vínculo se disolvió y se fijó un régimen de visitas con S.V.R. que se cumplió regularmente hasta 2010.

3. En torno a los motivos esgrimidos por las autoridades administrativas para fundar la denegatoria en cuestión, expresa que los artículos 250 del Código Civil entonces vigente y 45 de la ley n° 26.413 (hoy derogados) tenían por objeto evitar filiaciones contradictorias sobre una misma persona. Estima que dichas normas no resultaban aplicables a su caso ya que lo que pretendía era su incorporación como madre en la partida de nacimiento de S.V.R., sin desplazar a la madre biológica.



“**E** **M** **A** **C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)**”
EXPTE: 43229/0

Arguye que la filiación por voluntad procreacional constituye el fundamento de una nueva clase de filiación y que aun cuando al momento de la demanda no se encontrara regulada el instituto es absolutamente compatible con el ordenamiento legal entonces vigente. Ello, a la luz de una interpretación dinámica y tuitiva de los derechos humanos a la igualdad y de protección integral de la familia.

A su vez, destaca que la actitud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires colocó a la niña en una situación de vulnerabilidad y desigualdad frente a los niños nacidos luego de la entrada en vigencia de la ley n° 26.618.

Finalmente, señala que *“la presunción sentada por el art. 243 del Código Civil resulta extensible a los matrimonios de sexo femenino y, en consecuencia, determina de pleno derecho la comaternidad de la cónyuge de la mujer que dio a luz al niño durante el matrimonio y dentro de los plazos que la norma establece, quien será llamada también ‘madre del hijo’, ya que ha compartido con la madre biológica la voluntad procreacional, es decir, el deseo de procrear y asumir la responsabilidad en la crianza y educación de ese niño”* (vide fs. 20 vta.).

4. Por último, justifica la procedencia de la vía del amparo, invoca normativa, doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso. Ofrece prueba y acompaña la documental obrante a fs. 26/45.

5. A fs. 66/77 el **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** contesta demanda y solicita el rechazo de la acción incoada.

Plantea que la pretensión de la actora implica *“[...] una seria desprotección de los derechos elementales de la niña”* al modificar la identidad de la niña y desoír la voluntad de la madre biológica.

Por otra parte afirma que el *“acto”* del Registro Civil y Capacidad de las Personas impugnado *“ha sido dictado dentro de las previsiones legales aplicables”*, que la ley de matrimonio igualitario invocada en la demanda no resulta

de aplicación a la especie pues la actora nunca estuvo unida en matrimonio con la madre biológica, y que no se observa que ésta adhiera a la reclamación interpuesta.

Cuestiona la vía del amparo, invoca normativa y jurisprudencia que considera aplicable al caso de autos, formula reserva de caso federal y acompaña copia del expediente administrativo n° 1216748/11 iniciado por la actora a fin de que se hiciera lugar a su pretensión de reconocer a la niña como hija.

6. A fs. 130/135 se presenta [REDACTED] citada a comparecer por el Tribunal a fs. 56 y solicita el rechazo de la demanda.

En primer lugar, cuestiona la procedencia de la vía del amparo y considera que en autos se ataca “*un acto administrativo*” cuyo “[...] *fin último* [...] *es nada menos que el emplazamiento de estado de una menor de edad*” (vide fs. 132).

Seguidamente efectúa una negativa genérica respecto de los hechos invocados en la demanda y desconoce, también en forma genérica, la documental acompañada.

Expresa que tomó unilateralmente la decisión de recurrir a métodos de fertilización asistida a través de donante anónimo con la intención de formar una familia monoparental, y que “*las relaciones sentimentales que pudiera haber mantenido con la actora en nada influyen sobre la intención predeterminada*” (vide fs. 133).

Reconoce que luego de la disolución de la unión civil, la niña *mantuvo con la actora algunos encuentros por efecto del vínculo que se había establecido entre ambas durante la relación que sostuvieron, pero éstos de ninguna manera revestían el carácter de un régimen de visitas*”.

Finalmente, niega la existencia de la voluntad procreacional invocada por B [REDACTED]

7. A fs. 316/334 la actora acompaña copia certificada de la sentencia del 2/03/2015 –luego de iniciada la demanda de autos y trabada la litis– dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos



“E [REDACTED] M [REDACTED] A [REDACTED] C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

‘ [REDACTED] c/ [REDACTED] s/ Simulación’, y de las declaraciones testimoniales recibidas en dicho proceso.

De estas constancias surge que en diciembre de 2006 [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] suscribieron un contrato de compraventa respecto de un inmueble de propiedad de la primera. No obstante ello, R [REDACTED] alegó que se trató de un acto simulado para asegurar que no le faltara vivienda a su entonces compañera, ya que Ana tenía herederos forzosos (sus padres) y no podía ni testar ni legar (*vide* fs. 327 vta.).

8. A fs. 384 la amparista pone en conocimiento del Tribunal que el 29/12/2015 se dio inicio el **proceso de revinculación con la niña**, como consecuencia de lo resuelto por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos ‘ [REDACTED] c/ [REDACTED] s/ Régimen de visitas’, cuya copia obra agregada a fs. 363/378.

9. A fs.412/416 se presentan las letradas Susana Beatriz Da Cruz y Sandra Patricia Marelli como **abogadas en representación de la niña**. A tal fin acompañan constancia emitida por el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA que da cuenta de su designación como tales, en los términos del artículo 27, inc. c de la ley n° 26.061 y constancia de su conformidad para ser asistida por aquéllas (fs. 417).

10. Producidas las pruebas, se confiere traslado a las partes a efectos de que efectúen las manifestaciones que consideren pertinentes (resoluciones de fs. 428 y 501).

11. En el marco de dicho traslado, **las abogadas de S.V.R.** solicitan se rechace la pretensión de la actora y se mantenga su filiación como hija monoparental de [REDACTED] (fs. 436/441).

Manifiestan que la niña no desea mantener contacto con la actora. También expresan que no la reconoce como madre en razón de que “[...] no posee recuerdos ni registros de la presencia de la aquí actora, rechazando la idea de tener dos madres y expresando su ferviente deseo de que cuando cumpla la mayoría de

edad quiere tener conocimiento de su padre biológico –según S.V.R.-, a pesar de constarle que no mantendrá vínculo con él” (vide fs. 436)

Cuestionan la idoneidad de la vía del amparo para resolver el entuerto aquí planteado. Respecto de la pretensión de fondo expresan que *“el dictamen PG 085092 de la Procuración General del GCBA, que denegó la petición del reconocimiento de la niña S.V.R. como hija de la accionante se encuentra ajustado a derecho, dado que el reconocimiento que pretende la actora no encuentra correlato con normativa vigente alguna al momento de la petición, no bastando mencionar que existió ‘voluntad procreacional de la actora’ ” (vide fs. 437 vta.)*

Entienden que resulta de aplicación el art. 45 de la ley n° 26.413 que veda el reconocimiento sucesivo de una misma persona por presuntos progenitores de un mismo sexo. Puntualizan que en el caso de autos no existe el consentimiento informado libre y previo al tratamiento requerido por las disposiciones legales ahora vigentes para la creación de vínculo filial.

En consonancia con lo expuesto afirman que la actora no puede pretender el reconocimiento como madre de la niña ni con la normativa vigente ni con la anterior. Ello, dado que no hay constancia alguna que acredite que la madre biológica la haya nombrado como tutora. Disciernen que consecuentemente, si la madre biológica *“no otorgó lo mínimo [...] (la tutela) no puede ahora E [REDACTED] exigir lo máximo, tal como pretende el ejercicio de la co-maternidad” (vide fs. 438 vta.).*

Destacan que a su criterio ninguna de las normas contenidas en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y en el derogado Código Civil ampara el reclamo de la actora, ya que *“no es madre por naturaleza, ni por adopción, ni se encuadra dentro de las técnicas humanas de reproducción asistida, dado que no ha prestado consentimiento alguno previo, informado y libre”*. Asimismo, señalan que tampoco surge de autos que en algún momento de la relación convivencial que las partes mantuvieran, *“haya estado en la progenitora la idea de compartir la maternidad” (vide fs. 439).*

En otro orden de cosas, hace referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación relativas a la voluntad procreacional y al consentimiento libre previo e informado requerido actualmente por la norma.

Al respecto, destaca la disposición transitoria contenida en el artículo 9, sección 3 de la ley n° 6994 que extiende el régimen de la voluntad procreacional a los nacimientos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo Código. A su vez, establece el mecanismo para “ [...] *completar el acta de nacimiento cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta*”.

Finalmente, reseña las pruebas que a su entender acreditan los extremos por ella invocados en la demanda.

13. Por su parte, [REDACTED] al contestar el traslado referido en el punto 10 del presente resolutorio, se limita a cuestionar las manifestaciones vertidas por la testigo María Eugenia Ludueña en la presentación de fs. 422 con relación a la nota publicada el 13/11/2009 en el suplemento “Soy” del diario Página 12, titulada “*Lesbianas Madres*”.

Desconoce la entrevista que aquélla afirma haberles efectuado, así como el contenido del borrador acompañado por la periodista.

Por lo demás, solicita que se tome declaración a los testigos ofrecidos por ella, cuya citación había sido oportunamente suspendida (lo cual fue cumplido a fs. 489/500).

14. Finalmente, vencido el plazo para contestar el traslado aludido en el apartado 10 precedente y oído el Sr. Asesor Tutelar interviniente, los autos pasan a dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

A efectos de proporcionar una adecuada hermenéutica para el análisis de las cuestiones a resolver, las mismas tendrán el siguiente orden expositivo:



“BOLOGNIA MARCELA ALEJANDRA C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

I. Admisibilidad de la vía del amparo

II. Precisiones previas

II.1. Pretensión actora

II.1.1. Aclaración en torno a la pretensión contra el dictamen PG n°
085092

II.2. Sustento fáctico no controvertido en autos

II.3. Evolución de las normas aplicables al *sub lite*

II.4. Cosmovisión que plasmó el cambio legislativo vigente

III. Tratamiento de la pretensión sometida a la decisión jurisdiccional

III.1. *Prius* a dilucidar

III.2. Voluntad procreacional

III.3. Posturas de las partes

III.3.1. Examen de la prueba producida en autos: testimonial

III.3.2. Documental

III.3.3. Valoración de las pruebas reseñadas

III.4. Conclusión respecto de la existencia de voluntad procreacional conjunta
de ambas mujeres

**IV. Análisis de la denegatoria del Director del Registro de Estado Civil y
Capacidad de las personas**

IV.1. Examen del presupuesto constitucional en torno a la arbitrariedad
alegada

IV.2. Corolario

**V. Horizonte de sentido del epígrafe. Derecho a la identidad y a conocer la
verdad de los orígenes**

I

Admisibilidad de la vía del amparo

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (*vide* fs.
74 vta.), [REDACTED] (*vide* fs. 132) y las abogadas de la niña S.V.R.

(*vide* fs. 437) alegan que la vía elegida no es la idónea en este supuesto por requerir de mayor debate y prueba.

2. Conforme lo expuesto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, “*La idoneidad de la vía debe determinarse en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos*”¹.

Vale decir que será el juez quien deberá sopesar si la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostente el acto o conducta impugnada necesita del remedio judicial obtenible a través de la eficacia de este proceso constitucional.

3. Actualmente el amparo regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no significa un cauce residual. Amén de sus exigencias antes mencionadas, basta con que no sea menos idóneo que otros remedios para que prevalezca, de consuno con los presupuestos enunciados en ambas Cartas constitucionales².

Lo dirimente en el *sub examine* viene dado por la relevancia posible del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho que se dice lesionado. Lo irreversible del daño, en relación a la identidad y conocimiento de los orígenes de la niña y comaternidad, justifica imprimir la mayor celeridad y premura para remover la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad denunciada.

Finalmente, se advierte que cada uno de los interesados ha ejercido las defensas que ponderó para su derecho y expuesto cada uno de sus puntos de vista. Con lo cual se halla desvirtuada la objeción en torno al mayor debate y prueba como escollo a la vía procesal intentada.

¹ Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, “*Del Piero Fernando Gabriel c/ GCBA s/ ejecución de sentencias contra autoridad administrativa*”, expediente n° 979/01, resolución del 11/12/2001.

² Voto del Dr. Luis Lozano en autos “*GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Prati, María Teresa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’*”, Expte. n° 4915/06, sentencia del 4/5/2017).

GCBA”, y concluye que *“no corresponde al GCBA resolver el reclamo efectuado por la Sra. B [REDACTED] el cual deberá ser interpuesto ante el Poder Judicial”* (destacado agregado).

Más allá de las inadecuadas formas elegidas por la administración, la notificación cursada por dicho funcionario exterioriza su denegatoria a lo requerido por aquélla.

En la medida que la misma configura una declaración del órgano estatal competente, generadora de efectos jurídicos directos para la reclamante, en el marco de la presente acción judicial, se analizará la misma como un acto administrativo susceptible de impugnación. Ello, de consuno con lo que se deriva de los propios términos del Director del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el sentido que el reclamo de la actora *“debería ser interpuesto ante el Poder Judicial”*.

II.2. Sustento fáctico no controvertido en autos

A fin de aportar claridad a la presente, se deslindarán los hechos en los que **ambas partes se hallan contestes**, a saber: que [REDACTED] y [REDACTED] mantuvieron una relación de pareja y que convivieron durante aproximadamente siete años hasta su separación acaecida en el año 2008; que S.V.R. fue concebida mediante tratamiento de reproducción humana asistida con material genético de donante anónimo; que la gestación y el nacimiento de la niña, así como sus primeros años de vida transcurrieron durante la convivencia de la pareja formada por B [REDACTED] y R [REDACTED], que luego del nacimiento de S.V.R. las nombradas se unieron civilmente (*vide* fs. 3/4 y fs. 133).

Luce incuestionable que de conformidad con la normativa vigente al momento del nacimiento de S.V.R. no hubiesen podido inscribirla como hija de ambas por conformar una pareja del mismo sexo. Supuesto que no se habría presentado si los padres hubiesen sido personas de distinto sexo.



“E [REDACTED] C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

Tal situación hoy se halla superada a través de la legislación vigente³.

Ello, de conformidad con lo normado en los artículos 248 y 263 del Código Civil vigente hasta julio de 2015.

II.3. La evolución de las normas aplicables al *sub lite*

Sentado lo anterior, se impone recordar que a la fecha de la gestación y nacimiento de S.V.R. (1/03/2007) y aún a la fecha del dictado del acto impugnado (12/08/2011), la legislación en materia de filiación en los casos de reproducción humana asistida, de familias homoparentales y de comaternidad y copaternidad no se compadecía con la actualmente vigente.

En particular, a la época de los hechos *sub examine* las parejas integradas por personas del mismo sexo no gozaban del reconocimiento legal de los derechos que la ley sí atribuía a las uniones heterosexuales. Sólo existía para aquéllas, en el ámbito de esta Ciudad, la posibilidad de inscribir dicha unión en el Registro Público de Uniones Civiles⁴.

Años después, la ley n° 26.618 reformó el régimen del matrimonio civil, admitió la unión conyugal entre personas del mismo sexo y dispuso la aplicación de todas las normas vigentes relativas a la institución matrimonial, sin discriminar entre parejas de igual o distinto sexo⁵.

Tampoco estaba regulada la filiación en los casos de utilización de técnicas de fertilización asistida heteróloga ni la voluntad procreacional como fuente de atribución de vínculo filiatorio, supuestos que se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional a partir del 1/08/2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

³ Artículos 42 de la ley n° 26.618, 402 del Código Civil y Comercial de la Nación y cláusula transitoria Tercera de aplicación de dicho cuerpo legal incorporada por art. 9 de la ley n° 26994.

⁴ Ley n° 1004 de creación del Registro Público de Uniones Civiles, publicada en el BOCBA 1617 y vigente desde el 27/1/2003.

⁵ Artículos 2 y 42 de la ley n° 26.618, en vigencia desde el 21 de julio de 2010.

De lo antedicho se vislumbra que los hechos que suscitan la controversia tuvieron lugar en un momento de transición en materia de reconocimiento del derecho a la identidad sexual, en el que la falta de consagración legal de la igualdad de géneros debía ser suplida por sentencias judiciales que brindaran solución a quienes recurrían a la justicia en reclamo de sus derechos.

De esa manera, quienes lograban acceder a la jurisdicción en defensa de sus legítimos derechos podían obtener una sentencia que les asegurara el pleno reconocimiento de la igualdad de género y dispusiera la no aplicación de las leyes que no lo contemplaban⁶.

II.4. Cosmovisión que plasmó el cambio legislativo vigente

La legislación sancionada en los últimos años vino a consagrar en forma expresa y directa el pleno goce del derecho a la igualdad ante la ley, garantizar la diversidad sexual y los derechos de las familias homoparentales y brindar solución a las nuevas situaciones que el avance tecnológico hizo posibles, como la concepción a través de técnicas de reproducción humana asistida. Ello, como reflejo del papel de las prácticas sociales efectivas insertas en el núcleo de la sociedad.

En efecto, las leyes n° 26.618 de Matrimonio Civil Igualitario y n° 26.994 de sanción del Código Civil y Comercial de la Nación introdujeron cambios sustanciales en materia de regulación de las uniones convivenciales y/o conyugales entre personas de distinto sexo, así como en el régimen filiatorio en los casos de niñas y niños nacidos merced a la utilización de técnicas de fertilización asistida.

Este nuevo marco normativo, deviene aplicable a las *“consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”*, conforme lo dispone la nueva legislación de fondo a través de su artículo 7.

Además, cabe enfatizar que la cláusula transitoria Tercera incorporada al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y

⁶ Juzgado CAyT n° 6, *“M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”*, sent. del 12/07/2011, publ. en AR/JUR/33154/2011; Juzgado CAyT n° 4 *“M. del P. C. y otra c. GCBA”*, sent. del 07/04/2011, publ. en AR/JUR/15967/2011; Juzgado CAyT n° 13, *“C.,M. y otro c/ GCBA”*, sent. del 19/3/2010, publ. en AR/JUR/4161/2010; Juzg. CAyT n° 5, *“D.C.G. y otros c/ GCBA s/ Amparo”*, Expte. 44004/0”, sent. del 22/6/2012; entre otros.

situación jurídica en el estado en que se encuentra al tiempo de ser sancionada, e inmediatamente pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos”⁹.

Ello se conjuga con la idea de que la interpretación de los derechos constitucionales no puede desentenderse de las transformaciones sociales. Como sostiene el Alto Estrado desde temprano, **“la igualdad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones”¹⁰**. (resaltado no es del original)

En definitiva, los vínculos conyugales, parentales y filiales originados durante la vigencia de la normativa anterior deben ser interpretados a la luz de las disposiciones actuales.

Hacer caso omiso a las transformaciones que se plasman en la sensibilidad y organización de la sociedad, recogidas tiempo después en los plexos legales, sería desconocer la garantía de igualdad a situaciones hoy garantizadas por el bloque de legalidad.

III

Tratamiento de las pretensiones sometidas a la decisión jurisdiccional

III.1. Prius a dilucidar

A fin de adentrarse en la pretensa ilegalidad o arbitrariedad alegada por la actora, resulta necesario determinar previamente si existió la voluntad procreacional invocada por ésta.

En el *sub discusio*, [REDACTED] invoca que S.V.R. fue concebida y que nació por la voluntad procreacional conjunta entre ella y [REDACTED] y que no pudo ser inscripta como hija de ambas porque la ley no contemplaba la comaternidad. Además, explica que luego de la separación de la pareja, cuando la ley de matrimonio igualitario ya había incorporado ese instituto, ante la falta de acuerdo entre ambas -generada por las desavenencias que provocaron la ruptura del

⁹ Molina de Juan, Mariel “*El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite*”, La Ley on line, AR/DOC/3137/2015.

¹⁰ CSJN, “*Sejean c/ Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”; 27/11/86, Fallos 308:2268



██ C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

vínculo-, las autoridades le denegaron el derecho al reconocimiento de la niña como hija suya.

Tal negativa de las autoridades resulta, a su entender, arbitraria frente a la prohibición de diferenciación en razón de la orientación sexual de los miembros de la pareja y por lo tanto inaceptable.

Ahora bien, la determinación de la existencia de una discriminación ilegítima en razón de género y la consecuente calificación del acto administrativo impugnado como arbitrario, **sólo tendrá relevancia en tanto se encuentre acreditada la voluntad procreacional**. Es decir, el nexa que en estos supuestos desplaza al biológico a los efectos de determinar la maternidad y/o la paternidad¹¹.

III.2. Voluntad procreacional

La legislación actualmente vigente determina que la voluntad procreacional del miembro de la pareja no gestante se prueba mediante el consentimiento previo, informado y libre, prestado antes de iniciar el tratamiento de fecundación asistida¹².

Sin embargo, al momento de la concepción de S.V.R. no existía tal normativa ni ninguna regulación en torno a la prestación del consentimiento para la realización de la práctica de reproducción asistida, tanto para la pareja que decidía someterse a la misma como para el donante de material genético. Esa cuestión quedaba, en todo caso, a consideración del centro de salud interviniente.

Así, a tenor de la falta de previsión normativa no resulta exigible el consentimiento escrito y previo a la concepción de S.V.R., en los términos de los artículos 560 y ss. del Código Civil y Comercial. Razón por la cual, corresponderá

¹¹ Actualmente existe consenso en cuanto a que en los casos de gestación por técnicas de reproducción humana asistida la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos (conf. Zannoni, Eduardo y otros, comentario al Capítulo 2, del Título V, del Libro Segundo “*Relaciones de Familia*” del Código Civil y Comercial de la Nación, en “*Código Civil y Comercial revisado, ordenado y concordado*” Ed. Astrea, Buenos Aires 2015, 1ra. Reimpresión, pág. 185 y ss).

¹² Artículos 560, 561 y 562 del Código Civil y Comercial.

examinar la cuestión en torno a la existencia de voluntad procreacional por ambas mujeres a la luz de las pruebas producidas en autos.

III.3. Posturas de las partes

En el apartado II.2. se resumió el sustento fáctico fuera de discusión en autos.

La controversia se suscita a la hora de determinar si existe un vínculo filial entre M█████ B█████ y S.V.R

La **actora** afirma que la voluntad procreacional de concebir a S.V.R. fue de ambas. Relata que *“[...] Tras cinco años de pareja con Ana, decidimos ambas tener un/a hijo/a, así llegó S.V.R. el 1 de marzo de 2007. En diciembre de 2007 decidimos unirnos civilmente a fin de dar a nuestra familia un marco legal –en ese entonces no existía la ley 26.618-, asimismo contratamos seguros recíprocos y tomamos toda clase de recaudos que estuvieran a nuestro alcance a fin de tutelar nuestra realidad familiar. Hasta los 2 años y 11 meses, S.V.R. creció en un contexto familiar constituido por dos mamás [...] En el año 2008 nos separamos después de ocho años de pareja, y continuó mi vínculo en relación a S.V.R. a través de un régimen de visitas, que se cumplió regularmente hasta el año 2010, y que en la actualidad me encuentro reclamando ante la Justicia”*.

A█████ M█████ R█████ por su parte, niega la voluntad procreacional alegada por B█████. Al respecto, su apoderada expresa que *“ [...] no hay consenso –ni nunca lo hubo- de tener un hijo en común. Insisto en que mi instituyente siempre ha querido –y luego logrado- formar con su hija una familia homoparental [...] la voluntad de Ana de ser madre de S.V.R. tuvo su origen en una decisión solitaria y unilateral, y la unión civil con Marcela fue posterior y sobreviniente tanto a su decisión de ser madre, como al propio nacimiento de S.V.R.. Insisto en recalcar que mi instituyente jamás compartiría la maternidad ni el cuidado de su hija, ni su formación integral con nadie”* (presentación de fs. 132/135).

III.3.1. Examen de la prueba producida en autos: testimonial



“B [REDACTED] M [REDACTED] A [REDACTED] C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

En estas actuaciones **prestaron declaración siete personas**, de las cuales seis mantuvieron estrechos vínculos con R [REDACTED] y con B [REDACTED] mientras duró su relación de pareja y durante la concepción y nacimiento de S.V.R.

Resulta indubitado entonces que todas las testigos tuvieron contacto con las partes involucradas y conocimiento directo de los hechos en discusión. Por tal razón, más allá de las subjetividades y de la existencia de vínculos personales o afectivos, tales relatos están revestidos de una veracidad incuestionable.

Todas las declaraciones testimoniales son contestes en que [REDACTED] y [REDACTED] tenían una relación con proyectos comunes y que compartían las tareas de la casa y del cuidado de la niña (*vide* declaraciones testimoniales de Romina Soledad Villalba a fs. 208/209, de Luciana Reims, a fs. 210/211, de Verónica Inés Viale, a fs. 262/265, de Eliana Luján Perussich, a fs. 266/268, de Mariana Andrea García Castaño, a fs. 489/490, y de Eliana Elisabeth Triay, a fs. 492/497).

También coinciden dichas testigos en que [REDACTED] concurrió al centro médico el día de nacimiento de la niña, acompañada de M [REDACTED] A [REDACTED] a B [REDACTED] que juntas transitaron la internación y el parto, y que esta última fue quien dio la noticia a las testigos y les mostró a S.V.R. cuando concurrieron a visitarla a la clínica (ver declaraciones testimoniales de Romina Soledad Villalba a fs. 208/209, de Mariana Andrea García Castaño, a fs. 489/490, y de Eliana Elisabeth Triay, a fs. 492/497).

Otro punto de acuerdo es el relativo al trato afectivo que se dispensaban S.V.R. y Ma [REDACTED] B [REDACTED] y los cuidados de madre que esta última le brindaba. Más aún, las testigos Villalba, Viale y Perussich destacan que la niña la llamaba “*mamu*”.

En relación a la decisión de concebir a S.V.R. mediante tratamientos de reproducción asistida, las testigos coinciden en que se trató de un acuerdo de la pareja y que fue una decisión mutua de ser madre primero una y después la otra. A su vez, se advierte que planeaban tener más de un hijo e incluso

utilizar material genético del mismo donante “para que el hijo que Marcela tuviera tenga un vínculo biológico con S.V.R. por el tema de que si les llegaba a pasar algo a alguna de ellas ese vínculo biológico podría ampararlas frente a la falta de regulación del tema” (declaraciones de Viale, Villaba y Perussich).

Resulta también importante la declaración de la testigo Luciana Reims, quien fue maestra de S.V.R. en el jardín “Mundo Niños”, ubicado en Hortiguera y Pedro Goyena, a efectos de dilucidar la naturaleza del vínculo entre la aquí actora y la niña. La testigo manifestó que “[...] Cuando S.V.R. ingresó a la escuela les tomó una entrevista igual a las que se toman cuando un chico entra al jardín, y ellas le contaron que ellas eran pareja y que habían tenido a Sofi, que hicieron muchos intentos con esto del embarazo, que fue buscada. Con relación al rol de cada una de las partes en relación a S.V.R., responde que Ana la llevaba a la mañana algunos días, por la tarde la retiraba Marcela a las 5 o a veces más temprano. A veces venían las dos, a veces venía Ana. Con respecto al comportamiento de la niña con respecto a ellas responde que era **como una mamá con las dos. Sofi se dirigía a Marcela como mamu cuando pudo hablar**” (destacado no es del original).

III.3.2. Documental

La contundencia de estos testimonios adquiere más fuerza a la luz de las **constancias documentales agregadas en autos**, a saber:

a) Se acredita a través de la **demandas de simulación** promovida por A. M. F. R. en el año 2011 contra M. A. B. que la primera expresó que en el año 2001 inició una relación sentimental con B. que tiempo después empezaron a convivir, y que en diciembre de 2006 enajenó simuladamente un departamento a nombre de su conviviente. Ello, “en atención a que era la única manera que tenía de preservarla patrimonialmente en caso de que muera” y que “no podría haber testado a su favor debido a que sus padres, herederos forzosos, estaban vivos y que, por aquél entonces, aún no se había sancionado la ley de matrimonio igualitario” (vide copia certificada de los autos ‘ c/ s/ Simulación’ -expte.

La autenticidad de la nota fue ratificada por la periodista María Eugenia Ludueña durante la audiencia testimonial cuya acta obra a fs. 273, oportunidad en la que dijo *“hice esa nota en el año 2009 a partir del encuentro con un grupo de madres de familia homoparentales y ratifico todo lo que figura en la nota. No conocía a ninguna de esas mamás hasta ese día y nunca más volví a ver a ninguna hasta que me llamaron para declarar en este juzgado”*.

Cabe señalar que la misiva no fue sometida al reconocimiento por [REDACTED] y que la entrevista periodística y su contenido fueron desconocidos por ella en la presentación de fs. 448, aunque en forma genérica y sin explicitar en qué se basa ese desconocimiento. No obstante, la misma evidencia un valor probatorio indiciario en la medida en que resulta concordante con los restantes medios probatorios producidos en autos. De suerte que contribuye a la formación de una certera convicción acerca de la naturaleza del vínculo existente entre [REDACTED] y [REDACTED]

III.3.3. Valoración de las pruebas reseñadas

Las pruebas aportadas en el *sub examine* dan cuenta de la existencia de una pareja que tuvo un **proyecto común que incluyó la gestación, el nacimiento y la crianza de S.V.R.**

Sólo en ese contexto familiar y de proyecto común se explica la manifestación en torno a la venta a [REDACTED] del inmueble donde ambas vivían con la niña, manifestación hecha con el único objeto de proteger a la aquí actora frente al eventual fallecimiento de R[REDACTED]. **Esta afirmación presupone la voluntad de que, en caso de producirse la muerte de su madre biológica, la niña permanecería viviendo en el hogar familiar al cuidado de [REDACTED]**

III.4. Conclusión respecto de la existencia de voluntad procreacional conjunta de ambas mujeres

Las probanzas analizadas en el apartado precedente son concluyentes y arriman convicción respecto a la clara voluntad procreacional entre [REDACTED] y [REDACTED]. También dan cuenta del

IV.2. Examen de la alegada arbitrariedad del acto

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone, en su artículo VI, que *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*. A su vez, el artículo II del mismo convenio establece que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*.

Similares disposiciones contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando prescribe que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”* (art. 23.1.). Entretanto, su artículo 26 reza: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

En cuanto a los derechos de los niños y niñas, el pacto dispone que *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”* (art. 24.1.).

En pareja inteligencia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una disposición tuitiva de la familia igual al artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos antes transcrito, al tiempo que establece que *“[...] Todas las personas son iguales ante la ley (y) [...] Tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”* (art. 24).

Y asimismo que *“Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado”*(art. 19).

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño prescribe que *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”* (art. 7.1.), y que *“Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera”* (art. 7.2.).

El derecho a la identidad es abonado con fuerza por la Convención, en tanto expresamente dice 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”* (art. 8.1.) y que *“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”* (art. 8.2.).

Ya en el plano nacional, la Constitución de la Nación Argentina consagra el principio de protección integral de la familia (art. 16) al tiempo que establece entre las atribuciones del Congreso Nacional la de *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”* (arts. 14 bis y 75 inc. 23).

También la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires anida normas específicas que recogen los principios de igualdad y que garantizan la protección a la familia y los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Así, en el artículo 11 de dicha Carta constitucional se consagra el derecho a la igualdad y a *“ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones de [...] orientación sexual”*. En tanto, en el 37 de la misma *“Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”* y *“Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia”*.

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”¹⁷.

Esa norma torna inaplicable al *sub judice* la anterior que impide el reconocimiento sucesivo de una misma persona por dos presuntos progenitores del mismo sexo contenida en la ley que regula el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas¹⁸. Va de suyo que a la luz de la legislación vigente dicha disposición sólo rige para los casos de filiación biológica y no para los supuestos de filiación por voluntad procreacional.

Por otra parte, cabe poner de resalto que tanto el Código Civil hoy derogado, así como el actualmente vigente, instituyen el sistema de la **unilateralidad del reconocimiento de hijo, es decir, su perfeccionamiento con la sola voluntad del reconociente y sin la conformidad del progenitor ya emplazado**. A su vez, la normativa actual dispone que no se requiere tampoco la conformidad del propio hijo (art. 573) y que una vez registrado el reconocimiento el Registro Civil debe notificarlo a la madre y al hijo, o a su representante legal¹⁹.

En efecto, el reconocimiento de hija en el *sub judice*, entendido como el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hija, se caracteriza por ser unilateral y no recepticio en tanto se perfecciona con la sola voluntad del reconocimiento sin que se exija el concurso de otra voluntad para perfeccionarlo, ni siquiera la del otro progenitor²⁰.

Así, sólo se requiere la notificación del reconocimiento a la madre y al hijo o a su representante legal por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad

¹⁷ Artículo 562.

¹⁸ Ley 26.413, artículo 45.

¹⁹ El reconocimiento de hijo se encuentra regulado, en lo pertinente, en los artículos 571 a 573 del Código Civil, y Comercial de la Nación. Dichas normas disponen lo siguiente:

Artículo 571.- Formas del reconocimiento. *La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.*

Artículo 572.- Notificación del reconocimiento. *El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.*

Artículo 573.- Caracteres del reconocimiento. *El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo [...].*

²⁰ Famá, María Victoria, “La Filiación, Régimen Constitucional, Civil y Procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, págs. 149 y ss.

materno filial, cuyo reconocimiento se pretende. En consecuencia, corresponderá **dejar sin efecto la decisión del Director del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y procederse a la inscripción de S.V.R. como hija de** [REDACTED] Ello, sin que su emplazamiento como madre desplace al previo de [REDACTED] en el mismo carácter.

Así las cosas, el reconocimiento de los **derechos en juego** impide conciliar el acto administrativo con el texto constitucional, dado que la decisión impugnada es cercenadora de los mismos.

V

Horizonte de sentido del epígrafe. Derecho a la identidad y a conocer la verdad de los orígenes

Sin perjuicio de las conclusiones arribadas precedentemente con relación a la arbitrariedad del accionar de la administración, es menester señalar que la solución a adoptar en el *sub lite* no puede desentenderse de los derechos de la niña a la verdad, a la transparencia de las relaciones familiares y a mantener los vínculos con sus progenitores y familiares. Más aun, debe resguardar esos derechos fundamentales de la misma.

Frente al nuevo paradigma en materia de filiación provocado por el desarrollo y generalización de las técnicas de procreación asistida, este punto se imbrica en tres aspectos: la verdad biológica, la genética y la voluntaria.

Tan es así, que la doctrina especializada hace referencia a una creciente “*desbiologización de la paternidad*” y de la “*parentalidad voluntaria*” como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas²³.

No quedan dudas dentro de esta nueva mirada que en los casos de tratamiento por reproducción humana asistida la filiación corresponde a quien desea ser padre o madre y a quien decide llevar a cabo el proyecto parental de concretar un

²³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, y otras, “*Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*”, publicado en La Ley 2010-E-977.

su vida, qué le precedió generacionalmente –tanto en lo biológico como en lo social, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible”²⁶.

De igual modo, “**El principio de verdad y transparencia en las relaciones familiares** desemboca necesariamente en la visión de una sociedad más franca y potente, en tanto la verdad y la transparencia de los lazos e historias individuales y comunes ayudarán a promover y consolidar la salud general e todos [...] El derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y se sostengan sobre la ficción, el ocultamiento, la distorsión, el enredo jurídico o vericuetos procesales impeditivos en el acceso a la verdad y su contenido, aunque el mismo devenga traumático”²⁷.(énfasis añadido)

“El derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad [...] Y estos elementos obviamente, no se obtienen o heredan genéticamente, sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, una de las cuales –diríamos fundamentales- es la familia que se integra; y ello pese a que no exista con todos o algunos de sus miembros vínculo biológico alguno”²⁸.

En definitiva, amén del derecho de S.V.R. a conocer cómo y por quiénes fue tomada la decisión de concebirla, la amparista tiene derecho a no perder el vínculo afectivo con el núcleo familiar dentro del cual se desarrolló la gestación de la niña y en el que transcurrieron sus primeros años de vida. **Tal mirada –fusionada a las palabras que habitan en el epígrafe– cobija su elección eterna de amalgamar su corazón al de su hija.**

²⁶ Lloveras, Nora, “La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”, en “Derecho de Familia, revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, nro. 13, 1998, pág. 69

²⁷ Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, “El derecho de familia y el derecho a la Identidad en el Mercosur”, en Grosman, Cecilia (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), “Hacia una Armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 105 y 106.

²⁸ Gil Domínguez Andrés, Famá María Victoria y Herrera Marisa, “Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Buenos Aires 2010, pág. 230.



████████████████████ C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)”
EXPTE: 43229/0

Ello, más allá de las dificultades que pueda implicar para una niña de diez años la reconstrucción de un vínculo interrumpido hace ya varios años.

Así, la solución que más se compadece con el debido respeto del interés superior de la niña y de sus derechos es entonces la que le permite a ésta conocer la verdad sobre sus orígenes, al transparentar la realidad familiar.

Por todo lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los tratados sobre Derechos Humanos de igual rango, en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en las leyes n° 26.618, en los artículos 558 y subsiguientes del Código Civil, en la ley n° 2145 y demás normas concordantes, **SE RESUELVE:**

1) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por Marcela Alejandra Bolognia.- Consecuentemente, dejar sin efecto la decisión administrativa denegatoria de la petición de reconocimiento de S.V.R. como hija de aquella²⁹.

2) Ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que por intermedio de las autoridades competentes: a) **proceda a inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas** el reconocimiento de comaternidad efectuado por (María Alejandra Bolognia) (DNI 22.387.174) respecto de la niña S.V.R., (DNI XX.XXX.XXX); b) **notifique** en forma fehaciente dicha inscripción a la madre biológica de la niña, (Ana María Bolognia) (DNI 21.081.059).

3) Desestimar por inoficioso el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

4) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

Regístrese y notifíquese por Secretaría. Córrase vista al Sr. Asesor Tutelar interviniente.

²⁹ Plasmada por el Director General del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas Mediante notificación cursada el 12/08/2011 por carta documento obrante a f s. 30.

