



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

Ciudad de Buenos Aires, 24 de junio de 2011.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que Andrea F. V., por sí y en representación de su hijo Theo B. V., y Susana Á. C., con el patrocinio de las doctoras Flavia Massenzio y Lorena Gutiérrez Villar, promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad con el objeto de que se deje sin efecto la disposición 556-RYD-2011, suscripta por Cecilia Piñeiro, Directora Legal del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que denegó el pedido de inscripción del reconocimiento del niño por Susana. En consecuencia, solicitaron que ambas fueran inscriptas en la partida de nacimiento como madres de Theo. En subsidio, plantearon la inconstitucionalidad de los artículos 240 y 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413, por contravenir el derecho a la igualdad y la protección integral de la familia.

Relataron que forman una pareja estable desde hace veinte (20) años, y que, como consecuencia de su plan de vida, decidieron ser madres. Así fue que, el 9 de enero de 2005, Andrea dio a luz a Theo. El profesional médico que las asistió certificó la presencia de ambas en el tratamiento de fertilización asistida, realizado con semen de un donante anónimo.

El 10 de septiembre de 2010 contrajeron matrimonio, con la expectativa de proteger su vínculo de familia y creyendo que así Susana podría reconocer legalmente a Theo como su hijo. Entendieron que con la sanción de la ley de matrimonio igualitario quedaban derribadas las barreras que impedían la equiparación legal de las familias formadas por parejas heterosexuales de las formadas por parejas homosexuales.

Sostuvieron que la decisión administrativa cuestionada vulnera el derecho de igualdad de trato y de protección de la familia, ambos de raigambre constitucional, y que soslaya el cambio generado en todas las instituciones del derecho de familia por la última reforma al Código Civil.

Indicaron que las prácticas de reproducción asistida son muy frecuentes en nuestro país y que la inexistencia de vínculo biológico no representa un obstáculo para que, en las parejas heterosexuales que se someten a tratamientos con donantes de espermatozoides anónimos, el marido o conviviente de la madre reconozca al niño.

Destacaron que la única diferencia entre su caso y los supuestos mencionados es la orientación sexual de la pareja.

Informaron que el 4 de octubre de 2010 -luego de la celebración de su matrimonio- nació Augusto, su segundo hijo. En su partida de nacimiento se dejó constancia que es hijo de *“Andrea ... y de Susana ... (cónyuge de la madre)”*, lo que, en criterio de las actoras, prueba la desigualdad jurídica en que se encuentran los hijos nacidos en el seno de familias homoparentales con anterioridad a la sanción de la ley 26618, respecto a los nacidos con posterioridad a su vigencia.

Señalaron que roza lo absurdo que sean madres de dos hijos que poseen diferente status jurídico. Expresaron que ambos fueron concebidos por idénticos métodos de fertilización asistida, pero que, frente al Estado, no gozan de los mismos derechos. Solicitaron que se equipare la situación jurídica de Theo a la de su hermano Augusto (v. fs. 3 vta.).

Aseveraron que los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413 tienden a evitar filiaciones contradictorias sobre una misma persona, pero de ningún modo son

aplicables a su caso. Aclararon que Susana no pretende con el reconocimiento de Theo desconocer la filiación de Andrea, sino que ambas persiguen que el Estado admita la realidad de su familia.

Afirmaron que de la redacción del artículo 240 del Código Civil no se desprende que las únicas formas de filiación sean la biológica o la adopción y destacaron que la norma expresa que la filiación “*puede*” tener lugar por esas dos formas, lo que no excluye la voluntad procreacional como criterio filiatorio.

En particular, refirieron al artículo 42 de la ley 26618 e invocaron normas y estándares de derechos humanos vigentes en nuestro país, el derecho fundamental a la igualdad, la protección contra tratos discriminatorios y la protección integral de la familia.

Adujeron que el trato diferente brindado por la demandada, basado exclusivamente en la orientación sexual de la pareja, se basó en una interpretación discriminatoria y anacrónica del instituto de la filiación, que vulnera el derecho a la igualdad, el interés superior del niño y la protección de la familia.

Fundaron la procedencia formal del amparo, ofrecieron prueba e introdujeron la cuestión federal.

II. Que, a fs. 33/41 vta., se presentó Claudio A. Fernández Poli, en su carácter de apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Planteó la incompetencia del juzgado y, en subsidio, contestó la demanda.

Afirmó que la cuestión a decidir refiere a la filiación de las personas, materia que corresponde a la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil, de acuerdo con el artículo 4º de la ley 23637.

En cuanto al fondo de la cuestión, indicó que mediante la resolución impugnada el órgano administrativo aplicó las disposiciones del Código Civil que, por ser de derecho común, es materia reservada al Congreso de la Nación y no puede ser derogada o modificada por las autoridades públicas locales.

Añadió que la reforma operada por la ley 26618 no ha modificado el criterio normativo aplicado.

Señaló que el Poder Ejecutivo local no está habilitado para declarar por sí la inconstitucionalidad de una norma legal y que esa facultad corresponde en forma exclusiva al Poder Judicial. En este sentido, aseguró que las actoras han demandado al Gobierno de la Ciudad “*como producto de un fragmentado examen de la realidad fáctico jurídica que los concierne*” y consideró que “*[e]rróneamente se han apegado a la teoría de la causación próxima sin advertir que el supuesto daño que ellas alegan, como fundamento de la pretensión amparista, tiene relación de causalidad directa con la vigencia de una ley nacional –el Código Civil– (...) [C]omo se señaló, está fuera de la órbita competencial de la CABA derogarla, modificarla o escoger no aplicarla.*” (v. fs. 37/37 vta.).

En consecuencia, alegó, la resolución impugnada no es manifiestamente ilegal ni arbitraria, por cuanto el ordenamiento jurídico impide a la Administración actuar de modo diferente. Aseguró que si el Gobierno de la Ciudad hubiera admitido el reconocimiento solicitado, el acto administrativo dictado habría resultado viciado de una nulidad absoluta e insanable por encontrarse ostensiblemente afectados sus elementos esenciales.

Sostuvo, además, que la acción de amparo no era el medio judicial más idóneo para dilucidar la cuestión atento a que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de toda persona que peticiona en ellos el reconocimiento de sus derechos (v. fs. 40 vta.).

Manifestó que debido a su alta complejidad, el tema traído a juicio requiere mayor amplitud de debate y prueba. Resaltó que la parte actora no ha demostrado que los demás cauces judiciales fueran ineficaces para tutelar adecuadamente las situaciones de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

hecho que invoca. Citó derecho y jurisprudencia en apoyo de su postura.

III. Que la señora fiscal, Mariana Pucciarello, propició la competencia del juzgado, tanto para entender en la pretensión principal, esto es inscribir al niño como hijo de ambas actoras, como en cuanto a la pretensión relativa a la declaración de inconstitucionalidad, atento al criterio sostenido por la Fiscalía ante la Cámara de este fuero en la causa *“Canevaro Martín y otros c/ GCBA s/ amparo”* (Exp. 36410).

IV. Que, a su turno, se expidió la Sra. Asesora Tutelar, Mabel López Oliva, quien sostuvo que correspondía inscribir al niño como hijo de las actoras.

Destacó que la acción de amparo se presenta como la vía idónea para el restablecimiento de los derechos vulnerados.

Expresó que comparte los argumentos desarrollados por las actoras y destacó que es posible realizar una exégesis distinta de las normas invocadas por el Registro Civil, lo que permite remover los obstáculos que su interpretación plantea sin necesidad de recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna. A su entender, esto permitiría evitar que la discriminación que ha sufrido Theo se reasegure con fuerza de ley.

Aseveró, en aras de la protección y satisfacción de los derechos del niño, que la interpretación adecuada de la normativa es aquella que tenga en cuenta la real constitución de la identidad del niño, la diversidad de los grupos familiares actualmente existentes, las distintas formas de procreación e identidades que se construyen a partir de ellas, así como los robustos compromisos constitucionales asumidos por la Nación en materia de igualdad y no discriminación.

Adujo que la denegación efectuada por el Registro Civil, con fundamento en la supuesta proscripción legal para inscribir reconocimientos sucesivos por progenitores del mismo sexo, se basa en un análisis *ahistórico y necio* de los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413.

Alegó que el espíritu de las normas mencionadas, teniendo en cuenta que al momento de su sanción se pensaba exclusivamente en familias integradas por parejas heterosexuales, era evitar filiaciones contradictorias, lo que no podría ocurrir en el caso. Aseguró que la pretensión de las actoras constituye un fiel reflejo de la realidad en la que fue procreado su representado.

Señaló que la autoridad administrativa también yerra al fundar su negativa en el artículo 240 del Código Civil, pues esa norma debe analizarse considerando las actuales técnicas de fertilización asistida y el concepto de voluntad procreacional. Afirmó que la interpretación que proponen las autoridades resulta descontextualizada y casi ciega.

Hizo suyos los argumentos desarrollados por las actoras con relación a la voluntad procreacional y agregó que el artículo 240 del Código Civil resulta meramente enunciativo y que puede sostenerse la existencia de otras formas de filiación e inscribirse reconocimientos basados en ellas.

Aseveró que la filiación, como un instituto de derecho de familia, debe estar siempre y prioritariamente dirigida a proteger los derechos de los niños, para dar cuenta de quiénes son y cómo se origina su pertenencia a una familia determinada. En caso contrario, dijo, la filiación pasa a formar parte de paradigmas esencialistas, incapaces de adecuarse jurídicamente a la dinámica social imperante.

En su criterio, sostener que la filiación sólo puede ocurrir por naturaleza o adopción niega la existencia y constitución de grupos familiares compuestos por parejas del mismo sexo y genera efectos discriminatorios respecto de los hijos de estas parejas.

Mencionó que la decisión cuestionada por las actoras es contraria a lo establecido en el artículo 42 de la ley 26618, vulnera el derecho del niño a la identidad y representa una discriminación no sólo en relación con los hijos de parejas heterosexuales, sino también con respecto a su propio hermano.

V. Que, a fs. 58/62 vta., dictaminó sobre el fondo de la cuestión la Sra. Fiscal, Mariana Pucciarello, quien propició, también, que se haga lugar a la demanda.

Señaló que en la decisión cuestionada no se consideró la reforma al régimen del matrimonio introducida por la ley 26618.

Expresó que para resolver el caso es preciso analizar la legislación actualmente vigente a la luz de las posibilidades que brindan las técnicas de reproducción asistida y teniendo en miras el interés superior del niño.

Adujo que debe tenerse en cuenta en el análisis de la cuestión la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1º y 5º) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 15 y 16).

Destacó que si se tratara de un matrimonio heterosexual no habría obstáculos para que el cónyuge varón reconociera al hijo nacido con anterioridad a la celebración del matrimonio, mientras constituían una pareja sin amparo legal pleno, salvo que existiera un reconocimiento anterior.

Indicó que el impedimento aludido no se verifica en este caso, pues en tanto Theo fue reconocido únicamente por la madre que lo dio a luz, su reconocimiento por parte de Susana no afecta ningún derecho establecido con anterioridad.

Concluyó que corresponde hacer lugar a la demanda, pues los efectos del matrimonio son iguales en casos de parejas homosexuales o heterosexuales, el factor biológico no es determinante a la hora de reconocer el hijo nacido antes del matrimonio por el cónyuge varón, no se verifican en la especie los impedimentos mencionados y el reconocimiento se presenta como un derecho del niño a ser considerado hijo de una familia derivada de una unión matrimonial.

Expresó que no advierte inconvenientes en hacer lugar a la demanda, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la normativa impugnada de manera supletoria, lo que permite su aplicación directa por la Administración, revitalizando la finalidad del procedimiento administrativo.

A fs. 64 se llamaron los autos a sentencia.

VI. Que entrando al examen de los planteos del representante del Gobierno, cabe destacar que el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo y Tributario expresa que: *“Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público.”*

El artículo 1º enumera a las autoridades administrativas, entre las que menciona -en lo que aquí interesa- a la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada.

Al respecto se ha señalado que: *“El legislador, al momento de determinar la competencia de los jueces, puede recurrir a diferentes criterios de atribución. Así, ésta puede ser fijada en razón del objeto de la controversia llevada ante los estrados judiciales -criterio material u objetivo-, por el sujeto que forma parte de la relación procesal -orgánico o subjetivo-, o bien utilizando un criterio mixto que tenga en cuenta tanto elementos subjetivos como objetivos (...). El segundo criterio -orgánico o subjetivo- atiende exclusivamente a las partes que intervienen en la causa, estableciendo la competencia del juez en razón del sujeto que reviste el carácter de actor o demandado en la relación jurídico-procesal, con independencia de las normas que se aplican... Este fue el criterio utilizado por la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

ley 19.987, que en su art. 97 atribuyó competencia a la Justicia Nacional en lo Civil en todas aquellas causas en que fuera parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con independencia de las normas de aplicación o la naturaleza de la cuestión a resolver” (confr. Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, comentado y concordado, Carlos Balbín, Pablo Mántaras y Paula Saba; Carlos F. Balbín, director, Edit. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Tomo 1, 2º ed., pág. 4 y ss.).

Es decir, tanto el legislador local al decidir la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, como el legislador nacional en el momento que atribuyó competencia sobre las causas de la ex Municipalidad, tuvieron en cuenta el criterio subjetivo.

En ese sentido, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero ha sostenido que para establecer la competencia de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad no debe atenderse, en principio, a la materia sobre la que versa el litigio o a la naturaleza de las cuestiones debatidas, sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso cualquiera de las autoridades administrativas que enumera el artículo 1º del CCAyT (CCAyT, Sala I, *“Silvia Tanus c/GCBA s/amparo”*, del 23/11/00; y Exp. 25754/1, *“GCBA s/otros procesos incidentales”*, del 03/04/08; entre muchos otros).

VII. Que, en efecto, mediante las leyes 7 (orgánica del Poder Judicial, art. 48) y 189 (Código Contencioso Administrativo y Tributario, art. 2º) se estableció la competencia contencioso administrativa local en razón del sujeto, Administración Pública centralizada o descentralizada en el litigio, o de los otros poderes del Estado, en carácter de actor o demandado, con total prescindencia del contenido jurídico de la demanda o la aplicación de normas de derecho público o privado para resolver la controversia de fondo.

Fue y es confusa la determinación de cuáles son los actos de la Administración regulados por el derecho administrativo. Esto lleva a recordar que las normas no pueden ser calificadas sin más de privadas porque estén contenidas en el Código Civil, y que en ningún caso la actuación de la Administración puede estar regulada en su totalidad por el derecho privado. Aún en el supuesto excepcional de que ello ocurriera, el examen de la competencia del órgano, de los procedimientos aplicables y la finalidad de interés público nos llevaría a indagar entre las normas del derecho administrativo.

Tal criterio es coherente con la posición de la Corte Suprema en la causa *“Fiorito”*, en la que resolvió que casos relativos a demandas de daños y perjuicios por supuestas mala praxis –en las que los tribunales recurren a normas contenidas en el Código Civil- no pueden ser catalogados como causas de naturaleza civil cuando es demandado el estado local, y corresponden a la jurisdicción de los tribunales con competencia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (*“Fiorito, Omar Horacio y otro c/ Buchbinder, Marcos y otros s/daños perjuicios”*, del 11/03/08.)

En el caso convergen problemas de derecho civil, de derechos fundamentales y de derecho administrativo y es una muestra de lo complejo que es trazar una frontera entre lo público y lo privado.

VIII. Que por lo demás, atento a las manifestaciones del representante del Gobierno, cabe recordar lo resuelto en autos *“Freyre Alejandro c/ GCBA s/ amparo”*, Exp. 34292/0, el 10 de noviembre de 2009.

En esa oportunidad se destacó que *“...el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, diferencia la atribución de dictar normas de derecho común y de derecho federal —a cargo del Congreso Nacional— de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo de los estados locales. En concordancia con los artículos 5º, 116, 122 y 129 de la Constitución Nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la ley*

común por sus respectivos tribunales locales.”

“El artículo 116 de la Constitución Nacional no es más que un explícito refuerzo de la mencionada directriz, esencial de la forma federal que la Argentina adoptó para su gobierno, desde el momento en que la competencia de la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores de la Nación se extiende al conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes nacionales, “con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75.”

“Tal reserva fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las mismas facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía.”

“En ese sentido, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 106 asignar a su Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales.”

Es fundamental recordar que, contra cualquier expectativa, la máxima autoridad de la Administración local decidió no apelar la sentencia reseñada.

IX. Que lo que tal vez no ha sido suficientemente destacado es que nuestro orden constitucional impide que los jueces federales tengan jurisdicción para juzgar la validez o interpretación del derecho público local, o de los actos de los funcionarios encargados de ejecutarlos o interpretarlos (Fallos: 310:1495), como modo adecuado de preservar su autonomía. *¿Qué harían los jueces nacionales a la hora de examinar las atribuciones y los actos de autoridades locales? ¿Qué harían frente a la necesidad de aplicar normas dictadas por la legislatura de la Ciudad o frente a nuestra Constitución?*

En síntesis, luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía. Tomando palabras de González Calderón, citadas por Carlos Fayt, Augusto César Belluscio y Gustavo A. Bossert, en su voto en disidencia en la causa *“Gauna Juan Octavio c/ acto comicial 29/03/97”* (considerando 9º), el concepto constitucional de “autonomía” implica, por lo menos, *“el poder efectivo de organizar el gobierno local en las condiciones de la Constitución de la República, dándose las instituciones adecuadas al efecto, rigiéndose por las formas exclusivas de elegir sus autoridades públicas, independientes del Gobierno Federal, de regular el desempeño de sus funciones, en la capacidad, finalmente, de desarrollar dentro de su territorio el imperio jurisdiccional por leyes y otros estatutos con relación a todo otro asunto no comprendido entre los que la Constitución ha acordado al Gobierno Nacional...”* Y manifestaron que *“no puede afirmarse que exista espacio autónomo, un territorio autónomo, o un gobierno autónomo sin una población que ejerza esa autonomía.”* (Fallos: 320:875).

X. Que, por su parte, en la sentencia dictada el 17 de febrero de 2010 en la causa *“Vilella Escudero Julián Antonio y otros c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos”* (Exp. 36318), Andrea Danas, titular del juzgado 9 del fuero, declaró su competencia para revisar actos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, organismo de orden estrictamente local. Indicó que la actividad jurisdiccional en el caso mencionado se enderezaba a revisar si la actividad del Registro había sido o no conforme al ordenamiento jurídico, prescindiendo del examen acerca del carácter de las normas que resulten aplicables, y sin que importen, por tanto, que éstas fueran de derecho público o privado.

Destacó que el artículo 2º del CCAyT específicamente prevé que las cuestiones a resolver por los jueces contenciosos locales pueden ser tanto de derecho público como de derecho privado, *“...siendo lo determinante para trazar la divisoria de aguas entre las competencias, el hecho de ser una autoridad administrativa local actora o demandada en un juicio. En tanto la función jurisdiccional contencioso administrativa se ordena a revisar la actuación administrativa para indagar si aquella ha respetado lo que se ha dado en llamar el ‘bloque de legalidad’, todo el plexo normativo resulta aplicable, tanto por las autoridades administrativas, como por los tribunales.”*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

Añadió que la ley 189 es posterior a la ley 23637, cuyo artículo 4º estableció la competencia de los tribunales de familia, y también posterior a la sanción de la Constitución de la Ciudad, en 1996. De esta manera, explicó, la ley local ha modificado en este aspecto la competencia que sobre cuestiones como las de autos, ligadas estrictamente a la actuación de las autoridades administrativas, tenían los juzgados civiles. *“Vale decir: los juzgados de familia tienen toda la competencia atribuida por la ley 23.637, mas debe entenderse que en todas aquellas cuestiones que involucren la actuación de una autoridad administrativa, será competente el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario.”*

Dado que la ley 23637 no es más que una norma de carácter local que fijó la competencia de los juzgados locales, entendió que el legislador porteño, aplicando la Constitución Nacional en sus artículos 129 y concordantes, y la ley 24588 decidió atribuir en una norma posterior, diferente competencia a las cuestiones como las que aquí se debaten, estableciendo que cada vez que se encuentre en juego la actuación de una autoridad administrativa local sea competente este fuero, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.

A todo lo expuesto pueden añadirse los argumentos concordantes de Guillermo Scheibler en la causa *“Canevaro Martín y otros c/ GCBA s/ amparo”* Exp. 36410, del 19 de marzo de 2010, así como los de Hugo Zuleta en la resolución dictada en *“Baez Alberto Daniel y otros c/ GCBA s/ amparo”*, Exp. 36322 /0, el 08 de marzo 2010.

Tales decisiones, tampoco fueron apeladas por el Gobierno.

Por lo demás, en otras causas en las que se cuestionaban decisiones del Registro Civil, entre las que pueden mencionarse *“Luna Alejandro Luis y otro c/ GCBA s/ amparo”*, del 10 de mayo de 2010, Exp. 37110/0, y *“Bernath Damian Hernán y otros c/ GCBA s/ amparo”*, del 22 de febrero de 2010, Exp. 36117/0, resueltos por Elena Liberatori, la Procuración ni siquiera se opuso a la competencia de los tribunales del fuero.

Tratándose en el caso de una acción de amparo interpuesta para cuestionar un acto administrativo dictado por las autoridades del Registro Civil de la Ciudad, de acuerdo al marco legal detallado y los precedentes citados, resulta indudable la competencia del tribunal para resolver

XI. Que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

En el caso, la defensa de la demandada vinculada con la improcedencia de la vía escogida no ha sido debidamente sustentada. Entonces, la acción de amparo resulta admisible atento a que su empleo no reduce sus posibilidades de defensa en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339 y 315:2386). Nótese que Gobierno no ofreció prueba alguna y se limitó a mencionar, como fundamento de su oposición, la complejidad del tema debatido.

Por lo demás, el artículo 4º de la Convención de Derechos del Niño comprometió a los Estados parte a adoptar medidas legislativas, judiciales y de otra índole, dirigidas a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. A su turno, la ley 26061, en su artículo 29, consagra un específico *“Principio de Efectividad”* conforme el cual *“los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.”* Este principio ensambla armoniosamente con una garantía de prioridad diferenciada a favor de

niños y adolescentes, así como con el establecimiento de una particular acción judicial "expedita y eficaz" en tutela del reconocimiento de sus derechos, ante la conculcación por parte de "los órganos gubernamentales del Estado", acción para cuya interposición se habilita ampliamente a "todo ciudadano" (art. 1º), conformando una legitimación colectiva a favor de la protección de derechos de niños y adolescentes.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires otorgó prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a los niños y adolescentes, las que según el texto expreso del artículo 39 "deben promover la contención en el núcleo familiar."

Por su parte, el artículo 14 garantiza una acción expedita, desprovista de formalidades procesales que afecten su operatividad.

De tal modo, la postergación de las intervenciones y toma de decisión ante la situación de vulneración de derechos de niños y adolescentes, priorizando cuestiones formales -la competencia o la vía escogida—, choca abiertamente con el plexo descripto y que el legislador entendió necesario puntualizar como refuerzo de garantía especial a favor de niños y adolescentes.

Llegados a este punto cabe preguntarse *¿Cómo se justifica la oposición del Gobierno en el pleito, acotada fundamentalmente a argumentos formales relativos a la competencia y la vía intentada, defensas que, en caso de prosperar, sólo se traducirían en una demora de años para arribar a la solución de la controversia?* El rechazo del representante del Gobierno fundado en razones de estricto orden formal o ritual, no atenúa la entidad de su oposición.

No puede pasarse por alto que en el entramado de decisiones vinculadas al parentesco subyace como un factor fundamental la consideración del "peso" del tiempo (Cecilia Grosman - Marisa Herrera, "¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal", JA, 2005-IV-32) como imperativo ético en las resoluciones a adoptar en referencia a niños y adolescentes.

Por lo demás, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva el caso, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 324:122; 327:2413).

Si bien debe prevenirse todo empleo inapropiado del amparo, para evitar su degradación como garantía de derechos constitucionales lesionados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por actos u omisiones de autoridad pública, la actividad judicial que lleve al exceso el rigor de las formas corre el seguro riesgo de desnaturalizar tan potente garantía, tornándola de casi imposible actuación ante los estrados judiciales (disidencia de Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi, en Fallos: 316:2997).

En conclusión, los infundados argumentos de orden procesal esgrimidos no tienen entidad suficiente para dilatar el ejercicio de la función jurisdiccional, considerando que en autos se debaten cuestiones que no requieren mayor debate y prueba, y que se encuentran involucrados los derechos filiatorios de un niño de seis años.

Tal como señala la Corte Suprema, la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige -afirma- el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 319:2215 y 2151 y 324:1710, entre muchos otros).

XII. Que, superados los planteos formales del representante del Gobierno de la Ciudad, cabe examinar si el acto atacado resulta ajustado al ordenamiento jurídico vigente.

De la copia de la disposición 556/RYP/11, suscripta por la Dra. Cecilia E. Piñeiro,



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

directora legal del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, surge que la solicitud de reconocimiento deducida por Susana respecto del nacimiento de Theo fue denegada con fundamento en que:

- el niño tiene filiación materna establecida y no pueden inscribirse reconocimientos sucesivos por progenitores del mismo sexo;
- la ley 26618 no ha modificado tales criterios;
- el artículo 240 del Código Civil establece que la filiación es por naturaleza o por adopción; el caso no corresponde a una filiación por naturaleza –por no haber nexo biológico;
- el niño nació con anterioridad a la celebración del matrimonio de las peticionarias.

XIII. Que a fin de examinar la juridicidad del acto atacado cabe recordar que en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se recuerda que sus signatarios están *“...convencidos que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.”* A continuación reconoce que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*, si bien advierte que debe tenerse en cuenta *“la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armoniosos del niño.”*

A su vez, el artículo 3º, párrafo 2º, de la Convención destaca que: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*

XIV. Que la doctrina señala que, ante todo, la familia es una institución social. En ese sentido, no puede desconocerse que nuestra sociedad es tributaria de la complejidad en la que se desarrolla, y por lo tanto es también complejo el concepto de filiación, que presupone, para su correcto entendimiento, una determinada idea de lo que se entiende por familia.

Enseña Zannoni que la familia puede ser considerada *un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco* (ver Eduardo Zannoni, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo 1, 5º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2006, Ed. Astrea, pág. 3).

Y añade, con cita de Díaz de Guijarro, *allí donde no exista vínculo jurídico no existirá tampoco relación jurídica familiar, aunque ello implique una discordancia con el vínculo biológico* (Zannoni, op. cit., pág. 7).

Este modelo de familia deja afuera –qué duda hay- la fundada sobre la base de una pareja homosexual.

Ahora bien, con el dictado de la ley 26618, recientemente sancionada, se reformó el Código Civil, y se modificó la institución matrimonial. Centralmente la reforma eliminó el requisito de diversidad de sexos para contraer matrimonio, permitiendo de este modo que puedan casarse parejas cuyos integrantes son del mismo sexo. Se reconoció así a todas las personas por igual, independientemente de su orientación sexual, la libertad de elegir con quién asumir los compromisos de la pareja, regulados en la institución civil del matrimonio y se reconoció, mediante la incorporación de una cláusula de equiparación genérica en el artículo 172, *in fine*, un principio de interpretación que implica reconocer, más allá de las

propias especificidades, iguales derechos, obligaciones y requisitos, a todos los contrayentes en la institución matrimonial, sean del mismo o de distinto sexo.

Asimismo, la ley incorporó una cláusula complementaria referida a la aplicación de la reforma en *todas las normas de nuestro derecho vigente*, estableciendo que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables al matrimonio constituido por dos personas de igual o distinto sexo. Asimismo se estableció la imposibilidad de interpretar norma alguna en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones para los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo, debiendo siempre equipararse con los conformados por dos personas de distinto sexo (Wilma Ibarra, "Matrimonio Igualitario -aspectos constitucionales", Suplemento especial, Matrimonio entre personas del mismo sexo, LL agosto, 2010).

Dejando de lado muchos prejuicios, y sólo partiendo del cambio operado en nuestras instituciones sociales y jurídicas, el estatus del parentesco debe ser admitido tanto en una familia heteroparental como en una homoparental.

La realidad de los niños a cargo de parejas de igual sexo dejó de ser ignorada por el derecho.

XV. Que las parejas homosexuales, al no poder superponer matrimonio y procreación, obligan a admitir un parentesco no construido en bases biológicas, lo que no es nuevo para nosotros. La adopción, por definición, permite desligar completamente lo biológico de la filiación, privilegiando el carácter volitivo, y por ende social, del parentesco.

Por lo demás, el nacimiento de un niño y su producción física no bastan para hacer de sus progenitores padres, como pone de manifiesto el caso del niño cuyos padres no se han hecho cargo de él. Nacer de un hombre y una mujer no basta para ser hijo o hija de ese hombre o mujer (Anne Cadoret, *Padres como los demás, homosexualidad y parentesco*, Gedisa editores, Barcelona, 2003, pág. 25).

Remontándonos al texto originario del Código Civil, los hijos ilegítimos con excepción de los naturales (art. 311 CC, texto originario) no tenían por las leyes padre o madre ni pariente alguno por parte de madre o padre (art. 342 CC, texto originario). Tampoco tenían derecho a hacer investigaciones judiciales sobre su paternidad o maternidad. El artículo 344 reforzaba esta regla, señalando que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían ningún derecho en la sucesión del padre o de la madre, y recíprocamente, los padres no tenían ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores.

Tampoco parece que la paternidad pueda ser asimilable a la aportación anónima de semen para una inseminación.

XVI. Que en los casos de técnicas de procreación artificiales la voluntad del marido, y en general, la voluntad de la pareja es la causa eficiente del nacimiento.

Esa pareja, aun no habiendo aportado su propio material genético, ha decidido voluntariamente tener un hijo, respecto del cual, por mediación del derecho, le corresponderán los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a los padres respecto de sus hijos biológicos (ver Eduardo Zannoni, op. cit., pág. 552 y ss.; Cecilia Grosman, en *Código Civil y normas complementarias*, Alberto Bueres, director, Elena Highton, coordinación, Hammurabi, 2º reimpresión, pág. 341; Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, pág. 242, especialmente nota 16).

La doctrina entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, *no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (o genéticos), pueden ser*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

*sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no, o de una mujer sola, y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y que no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial) del nacimiento en cuestión (Francisco Rivero Hernández, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 146.).*

Se estaría ante una filiación "socioafectiva", en la que el elemento volitivo tendría un espacio de mayor envergadura que el componente genético. Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación consolida a la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales (ver, Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Eleonora Lamm, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual"; LL, 20/09/10).

Tan así es, que se habla de una "desbiologización de la paternidad", focalizándose en la "parentalidad voluntaria" como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Por otro lado, no puede negarse que aun la determinación de la paternidad matrimonial tiene un alto componente social. En efecto, el marido de la madre puede no ser genéticamente el progenitor del niño que su esposa da a luz. En este sentido, con cita de Puig Brutau, Zannoni y Bossert afirman que la presunción en análisis "representa la primacía de lo social sobre lo biológico en derecho, primacía justificada hoy por la constelación de fines que la familia legítima satisface" (Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264, 3ª reimpresión*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 39). Precisamente, este argumento es pilar fundamental de la postura restrictiva en materia de legitimación activa y caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial consagrada por el artículo 259 del Código Civil. Lo biológico es un elemento de peso para la presunción de paternidad matrimonial, mas comparte el escenario con elementos de carácter social.

XVII. Que la objeción del Registro Civil se apoya en un régimen filiatorio estructurado sobre la base de la diversidad de sexos y el nexo biológico, circunstancias que no se verifican –ni siquiera de manera aparente– en los matrimonios del mismo sexo.

Sin embargo, recurriendo a la adopción conjunta o a técnicas de reproducción asistida, el matrimonio de dos mujeres hace posible la doble maternidad.

La legitimación de la familia homosexual, puso de relieve otros problemas aún no resueltos vinculados a las técnicas de reproducción asistida. A partir de su utilización, entonces, no puede reducirse la filiación a su elemento biológico. Ahora, *¿puede negarse a las parejas que no responden al modelo heterosexual la misma posibilidad de lograr una filiación no fundada en vínculos biológicos a partir de técnicas de reproducción asistida?* Los tratamientos de fertilización con semen de donante anónimo conceden al hombre la posibilidad de simular una filiación biológica, no cuestionada desde el ámbito jurídico *¿Puede admitirse que las mujeres también recurran a esa simulación?*

XVIII. Que el Código Civil, luego de la reforma de la ley 26618, y pese a su insuficiencia, admite la filiación homoparental, y así la posibilidad de la doble maternidad.

En efecto, la ley modificó el inciso c, del artículo 36, de la ley 26413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que 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 de su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad."

A ello debe sumarse lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 26618, que afirma que: "Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá 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 constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo."

Conforme a esta norma, el legislador se ocupó de dar a los matrimonios de igual o distinto sexo los mismos efectos, si bien a partir de una técnica legislativa defectuosa, ya que omitió reformar los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413, cuya aplicación impide inscribir reconocimientos sucesivos de una persona por progenitores de un mismo sexo.

XIX. Que la filiación de un niño con dos padres de igual sexo puede resultar, en principio, de una adopción.

Sin embargo, en el caso de autos, la adopción, si bien resulta claramente admitida por la legislación vigente, no resulta una opción satisfactoria para las actoras. En efecto, de acuerdo al artículo 323 del Código Civil, la adopción plena "confiere al adoptado una filiación que sustituye la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta...". Por su parte el artículo 313 del Código Civil prescribe que "la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple". De la mera lectura de ambas disposiciones se infiere que los dos institutos son inadecuados para el caso, pues la adopción simple crea un vínculo circunscripto exclusivamente con el adoptado sin insertarse en la genealogía del adoptante (art. 329) y la adopción plena del niño traería aparejado el emplazamiento en el estado de hijo respecto a la adoptante y la incongruencia de dejar de serlo de su madre biológica, lo que resulta irracional.

Además de la adopción, la filiación de un niño con dos madres de igual sexo puede resultar también de la procreación asistida, en cuyo caso el vínculo será evidentemente bimaternal.

Si bien en cuanto a la maternidad biológica siempre se ha sostenido la máxima romana *mater semper cert est*, y se ha partido de la base de que la determinación de la maternidad es simple y no hay problemas en torno a ella, a partir de los avances de las técnicas de reproducción asistida y de la admisión del matrimonio de dos mujeres, se pone en cuestión lo que durante mucho tiempo se consideró una obviedad.

Ello por cuanto, en el caso de reproducción asistida, cuando la técnica utilizada se fundamenta en la aportación de material genético de un tercero –inseminación artificial o fecundación in vitro *heteróloga*–, el simple juego de la presunción de paternidad del artículo 243 del Código Civil hace que el marido sea tenido por padre sin necesidad de expresar consentimiento formal.

Tal circunstancia debe operar en matrimonios heterosexuales y homosexuales, atento a que la paternidad del marido de la madre que recurre a semen de un tercero donante es tan puramente formal como la de la esposa de la mujer que hace lo mismo.

En el caso de mujeres solteras basta –para determinar la paternidad– el reconocimiento por parte de un hombre incluso en caso de inseminación con semen de un tercero, sin que el derecho ponga ningún obstáculo frente a una irrealidad inocultable.

Ahora bien, si el reconocimiento se entiende como una asunción de paternidad a los efectos legales y sociales, y no como expresión de la asunción de una relación paterno-filial por naturaleza, en coherencia con la verdad biológica, no hay inconveniente en admitir



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

como título de atribución de la filiación el consentimiento que una mujer presente al tiempo del sometimiento de su pareja a un tratamiento de reproducción asistida con semen de un donante asumiendo la maternidad del hijo que nazca.

No puede pasarse por alto que al momento de su sanción el artículo 250 de Código Civil tenía como finalidad evitar filiaciones contradictorias, es decir, la posibilidad de que alguien, al reconocer a un niño ya reconocido por otro, niegue la maternidad o paternidad de quien lo hizo anteriormente, como bien señaló la doctora Mabel López Oliva en su dictamen.

Entonces, frente a la claridad del artículo 42 de la ley, puede recurrirse a la figura del reconocimiento, en base no a una realidad genética sino a un elemento volitivo que también sirve para la atribución de paternidad en las parejas heterosexuales que recurren a la inseminación mediante donante.

En el caso de autos las actoras no estaban casadas al momento del nacimiento de Theo, lo que las llevó a considerar la posibilidad de reconocer al niño por ante el Registro Civil.

Así las cosas, teniendo en cuenta las particularidades del caso, no hay duda que el reconocimiento efectuado por Susana no puede implicar desconocer el establecido con anterioridad en relación a Andrea, lo que pone de manifiesto la incoherencia de que subsistan los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413 para los supuestos de matrimonios conformados por dos mujeres.

La reforma de la ley 26618 debió contemplar entonces supuestos como el de autos; o al menos modificar los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413. Sin embargo, frente a la ausencia de una norma especial, y frente a un régimen de filiación por naturaleza que no contempla la realidad homoparental, cuyos derechos se encuentran garantizados legal y constitucionalmente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de tales artículos.

XX. Que, como se ha dicho, el desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas de procreación asistida ha producido una verdadera revolución en el campo de la filiación, poniendo en crisis principios que parecían inamovibles.

Frente a los innumerables casos de fecundación asistida con material genético donado, podemos poner en duda una interpretación limitativa de la estricta regla del artículo 240 del Código Civil.

Tratándose de una pareja homosexual, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva sino el elemento volitivo. Las uniones del mismo sexo nos obligan a asumir un sistema de filiación respecto de la mujer que es la pareja de quien concibe y da a luz, fundado exclusivamente en la voluntad. Aquí hace crisis la concepción de la familia fundada en un padre y una madre, a semejanza de las leyes de la naturaleza, que requieren de un progenitor y una progenitora para engendrar un niño. La familia homosexual no responde a este modelo, ya que en ella la pareja conyugal no coincide –ni siquiera de un modo ficticio- con la pareja parental.

Al respecto, Eleonora Lamm cita precedentes de la Suprema Corte de California que han declarado que es madre legal de los hijos de su pareja la mujer que convive con la madre biológica, mediante la aplicación analógica de la norma de la sección 7611 del Código de Familia de California, sobre determinación de la paternidad (ver Eleonora Lamm, “Matrimonio homosexual y presunción de maternidad”, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia “Derecho de Familia” 37, pág. 55) También la legislación de Québec admite presumir la maternidad de la cónyuge femenina de la mujer que recurrió a

una inseminación, o el reconocimiento en caso de parejas de mujeres no casadas (ver Alain Roy, "Las parejas de igual sexo en el derecho quebequense," Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, 9. Doctrina, Derecho de Familia - I, 2004, pág. 121 y ss.).

Así, la doctrina menciona diferentes soluciones ensayadas en la legislación comparada que permiten advertir una tendencia a determinar el doble vínculo de filiación materna en los casos en que existe una constancia de relación de pareja entre las dos mujeres y su deseo de concebir y criar un hijo conjuntamente (confr. Ales Uría, Mercedes, "La doble maternidad en el derecho argentino y comparado", LL, 26/05/11; ver también, Gil Domínguez, Fama, Herrera, op. cit., pág. 244 y ss., donde se examina la solución implementada en España, Canadá, Gran Bretaña, Bélgica y Portugal).

XXI. Que si ese elemento genético queda desplazado por el volitivo en las parejas heterosexuales que recurren a la fecundación asistida con semen donado ¿por qué no puede extenderse esa posibilidad a la pareja formada por Andrea y Susana?

Theo es un niño nacido y criado en el seno de una familia conformada por dos mujeres. Desde su nacimiento Theo recibe trato de hijo por parte de Andrea y Susana, quienes han decidido hacer un tratamiento de inseminación para criarlo juntas y han tenido otro hijo por el mismo método *¿es justo entonces conservar esta disociación entre norma y realidad?*.

Es claro que el doble emplazamiento materno no se ajusta a la *verdad* biológica. Pero también es cierto que Theo tiene una identidad que no se agota con el dato biológico. Por lo demás, las posibilidades que por hipótesis pudiera tener en el futuro de conocer su origen, no dependen ni se ven condicionadas por la negación de sus lazos parentales actuales.

Entonces, negar su emplazamiento filial no es una decisión que lo beneficie. No se puede perder de vista que el instituto de la filiación se estructura en función del mejor interés del hijo y sus derechos. No se trata de pensar en abstracto cuál es el mejor modelo posible de familia para un niño, sino de determinar si los lazos que contiene la familia en la que él nació pueden ser protegidos por nuestras instituciones. No puede negarse que apenaría profundamente a un niño la falta de consideración jurídica y social de su familia.

En el caso, su interés queda mejor protegido con la constitución de la doble relación de filiación, pues tendrá los derechos derivados de un vínculo jurídico de tal naturaleza respecto de ambas cónyuges con las que afectivamente tiene un trato filial. Especialmente, en caso de ruptura de la pareja las consecuencias en materia de custodia y régimen de visitas serán notoriamente diferentes si sólo una de las cónyuges es legalmente madre o si lo fueran ambas. También cabe considerar su vocación hereditaria. En el caso, no es un dato menor que su hermano tiene un status legal diferente, frente a una idéntica situación familiar.

Cuando el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que aquel debe crecer en "*el seno de su familia*" en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude a cualquier familia, no a la fundada exclusivamente en nexos biológicos.

XXII. Que las actoras informaron que, desde el nacimiento, ambas se presentaron como mamás de Theo, le contaron cómo se llamaba y por qué eligieron su nombre, que se amaban, que lo habían deseado y esperado con ansias, y que él era la consumación de ese amor. Aseguraron que comparten *cumpleaños, actos escolares, fiebres, canciones, berrinches, retiradas del colegio, madrugones, idas al cine, juegos, puesta de límites, risas, enojos, visitas de familiares y amigos, vacaciones, plástica y música*; que juntas recorrieron y eligieron el colegio de Theo.

Las actoras conforman hace veinte (20) años una pareja que, antes de contar con la posibilidad de acceder al matrimonio, recurrieron a la asistencia médica para ser madres.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“V. A.F. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXP 40850 / 0

El Dr. Neuspiller –en una nota suscripta el 15 de septiembre de 2010–, aseguró que las actoras consultaron el instituto *Fecunditas* por primera vez en septiembre de 2003 para buscar un embarazo recurriendo al banco de semen. Informó que realizaron procedimientos de reproducción asistida de baja complejidad, habiendo logrado un embarazo en 2004. Afirmó que el 9 de enero de 2005 nació Theo, con 3375 gramos, y que el parto fue presenciado por Susana. Aseguró entonces que la pareja se encontraba esperando un segundo hijo, ya que Andrea cursaba la trigésimo cuarta semana de gestación.

En síntesis, al ser la reproducción asistida *heteróloga* un ámbito donde la filiación es un concepto más jurídico que natural y al admitirse que el varón integrante de la pareja no casada pueda asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde, existen elementos que justifican una aplicación analógica. La aplicación de reglas propias de la paternidad a la doble maternidad, frente a la ausencia de normas que la regulen, se justifica pues en ambos casos se prescinde de la existencia de un vínculo biológico con el hijo.

XXIII Que de acuerdo a lo establecido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño implica un criterio de actuación de los órganos del Estado: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

Respecto a esta obligación, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que: *“Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”* (Comité de Derechos del Niño. Observación General 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 12).

La importancia del principio del *“interés superior del niño”* es tal, que no puede ser utilizado burdamente como excusa para cualquier acción del Estado, sino que éste debe ser producto de un *“estudio sistemático”* sobre la forma en que los derechos de los niños se ven afectados. Se busca prevenir que el uso inadecuado de este principio termine perjudicando a la población que busca proteger (ver Jeannette Llaja Villena; *“Algunas consideraciones sobre el interés superior del niño que el sistema interamericano de derechos humanos debe tener en cuenta”*; en *El derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género*. Lima, Demus, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2008).

El respeto y la protección de los derechos esenciales del hombre son el parámetro sobre el que debe aplicarse el interés superior del niño, consolidando una sociedad democrática y sentando las bases para que los niños se desarrollen impregnados de los valores reconocidos en un Estado de Derecho.

Sobre este punto, es la misma Convención sobre los Derechos del Niño la que se pronuncia sobre los valores en los que tendría que sustentarse la aplicación del interés superior del niño en una sociedad democrática; ella establece que *“el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”* (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Sobre el punto, el Tribunal Europeo ha establecido que una sociedad democrática debería responder a las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales ésta no existe (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *“Handyside v. UK”*, del 26/04/76).

XXIV. Que, para finalizar, cabe coincidir con el argumento del representante del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en relación a que no hubo ilegalidad en su actuar. Sin embargo, la premisa que funda su análisis está incompleta, lo que altera el razonamiento final. Concretamente, si bien los órganos del Gobierno deben cumplir con la ley vigente, los actos del GCBA realizados de conformidad con el Código Civil sólo se presumen legales, y eso no implica que no sean manifiestamente ilegítimos, si contradicen el contenido de la Constitución local y nacional. Una interpretación contraria —que subsuma la legitimidad de los actos o las omisiones en su mera adecuación a la ley— implicaría que el control constitucional difuso encomendado al Poder Judicial desaparezca. En otras palabras, sostener la confusión entre legalidad y legitimidad socavaría el fundamento de la división de poderes y atomizaría la fuerza normativa de la Constitución.

Como sabemos, hay cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad de las personas; los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413, en casos de familias homoparentales, las contradicen.

El Gobierno no tenía potestades para invalidarlos, pero ello no es obstáculo para admitir en sede judicial la pretensión de las actoras.

Al respecto, cabe tener en cuenta el mandato del tercer párrafo del artículo 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: "*La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad*". Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad. Entre los obstáculos "*de cualquier orden*" están, vale recordarlo, los obstáculos legales.

No admitir esta posibilidad es, sin duda, una inaceptable discriminación, pues la Constitución local "*reconoce y garantiza el derecho a ser diferente*", no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de "*orientación sexual*" (art. 11).

XXV. Que finalmente corresponde ordenar a las autoridades del Registro Civil que al momento de inscribir el nacimiento de Theo tengan especialmente en cuenta que a partir del dictado, en 1954, de la ley 14367 se suprimieron las discriminaciones públicas y oficiales entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y que el artículo 241 del Código Civil expresamente señala que: "*El registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte de ellos si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptada plenamente*". Teniendo en cuenta lo expuesto, la partida sólo deberá contener los datos de las madres del niño, sin ninguna referencia a su estado civil.

Por las razones expuestas, y por los argumentos concordantes expresados por la Sra. Asesora Tutelar y la Sra. Fiscal, **FALLO:** Hacer lugar a la acción de amparo, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 250 del Código Civil y 45 de la ley 26413, la nulidad de la disposición 556-RYD-2011 y ordenar a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que inscriban el reconocimiento de la coactora Susana Á C. respecto del nacimiento de Theo B. V. y, asimismo, la inscriban en la partida de nacimiento del niño como su madre, junto a la Sra. Andrea V., respetando las pautas detalladas en el considerando XXV. Con costas en el orden causado, atento a la complejidad y novedad de la cuestión debatida.

Regístrese, notifíquese —a las señoras Fiscal y Asesora Tutelar en sus públicos despachos— y, oportunamente, archívese.

Gabriela Seijas
JUEZ