

Título: [De familias \(en plural\) y las complejidades de la transición, a la luz de un fallo sobre comaternidad](#)

Autor: [Salituri Amezcua, María Martina](#)

Publicado en: [RDF 2017-VI, 13/12/2017, 80](#)

Cita Online: [AR/DOC/4198/2017](#)

(\*)

"Todo cambio normativo trae consigo nuevos interrogantes y conflictos, más aun cuando se trata de modificaciones profundas, sustanciales o de raíz como las que han introducido al ordenamiento jurídico vigente, leyes como la 26.618 y la 26.743, reafirmadas y enarboladas en el Cód. Civ. y Com. No se trata de ser temerosos, ni mucho menos de seguir apañando la facilidad del statu quo, sino de ir observando de cerca los problemas que se van desarrollando y esgrimir sus posibles soluciones, siempre partiéndose de la columna vertebral que sostiene la legislación civil y comercial que se lo sintetiza bajo la idea de la 'constitucionalización del derecho privado'" (\*\*)

## I. Introito

Esta ocasión para el análisis socio-jurídico la brinda un fallo dictado el 12/05/2017 por el Juzgado N° 2, Secretaría N° 4, del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en los autos caratulados "B., M. A. c. GCBA s/ amparo (art. 14 Const. CABA)". El caso se originó a raíz de una acción de amparo interpuesta por la Sra. M. A. B. contra el Gobierno de la CABA, con el objeto principal de que se dejara sin efecto, por ser discriminatorio, el dictamen 085092 emitido por la Procuración General del Gobierno de la Ciudad el 01/08/2011, denegatorio del reconocimiento de la niña S. V. R. como hija de la amparista. Afirmó esta última que el accionar del gobierno local implicaba una discriminación contra los hijos e hijas de parejas del mismo sexo no casadas (que era el supuesto de este caso), toda vez que a partir del matrimonio igualitario los hijos e hijas de mujeres casadas pasaron a inscribirse como descendientes de ambas (conf. ley nacional 26.618 y dec. 1006/2012).

En consecuencia, la actora solicitó que se ordenara judicialmente la inscripción de dicho reconocimiento ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se la incorporara en la partida de nacimiento como madre de la niña junto con la Sra. A. M. F. R., a fin de poder ejercer los derechos y obligaciones que emanaban de ese reconocimiento. Expresó en este sentido la accionante que la decisión administrativa cuestionada vulneraba el derecho a la igualdad de trato y a la protección de la familia y no contemplaba los actuales cambios legislativos.

Como podemos observar, se trató de un caso en el que se pretendía inscribir registralmente la comaternidad de quien, de acuerdo a la legislación anterior y por tratarse de un caso de homoparentalidad a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), había quedado excluida del vínculo filial por no ser la mujer que gestó y dio a luz a la niña. Sumado a ello, la circunstancia de que la pareja no había llegado a casarse, por lo que no resultaba aplicable el dec. 1006/2012 (1). Hasta aquí un caso principalmente de derecho transitorio en materia de filiación por TRHA, ni el primero ni el único en el país, en los que integrantes de familias "diversas" en relación al estereotipo tradicional han accionado judicialmente frente a la presencia de trabas registrales para el ejercicio de derechos hoy, y principalmente a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), jurídicamente reconocidos y exigibles.

Pero ello, y no obstante ser el gran paraguas que enmarca el caso y lo genera, no resulta ser lo distintivo y peculiar de él. Su particularidad radicó en que la actora no sólo se enfrentó a la negativa del Gobierno de la CABA sino, y aquí lo más significativo, a la negativa de la "madre legal" (es decir, quien se encontraba inscripta registralmente como madre por aplicación de la regla "madre cierta es") y, sobre todo, de la niña cuyo reconocimiento se pretendía.

Con esta breve introducción, pasemos entonces a profundizar sobre la plataforma fáctica y jurídica del supuesto en análisis.

## II. El caso y el fallo

### II.1. Las partes

Conforme al relato de los hechos, la pretensión de la actora se fundó en que, luego de cinco años en pareja con A. M. F. R., ambas decidieron tener descendencia recurriendo a TRHA con donación anónima de esperma, por lo que el 01/03/2007 nació S. V. R., fruto de esa decisión. Luego, en diciembre de 2007, se unieron civilmente —dado que todavía no estaba regulado el matrimonio civil igualitario—, marco en el cual contrataron seguros recíprocos y tomaron una serie de recaudos a fin de tutelar su realidad familiar. Así, sostuvo la reclamante que la niña S. V. R. creció hasta los dos años y once meses en un contexto familiar constituido por dos madres. Finalmente, en 2009 y tras ocho años de pareja, el vínculo se disolvió y se fijó un régimen de

comunicación entre M. A. B. y S. V. R. que se cumplió regularmente hasta el año 2010.

Como ya he adelantado, el objeto central del amparo fue "la inscripción igualitaria de la niña, en pos de respetar su derecho a la identidad, su derecho a tener una filiación completa sin discriminación por la orientación sexual o estado civil de sus madres", la actora entendió su reclamo en relación a la reparación de la situación de desigualdad y al reconocimiento de la realidad familiar en la cual S. V. R. fue concebida "por la voluntad procreacional de ambas". Subsidiariamente, pidió se declare la inconstitucionalidad de los arts. 240 y 250 del Cód. Civil (hoy derogado) y del art. 45 de la ley 26.413 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.

A su turno, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contestó demanda y solicitó el rechazo de la acción incoada.

Asimismo, se presentó A. M. F. R. solicitando también el rechazo de la demanda. En este sentido expresó, a diferencia del relato de la accionante, haber tomado unilateralmente la decisión de recurrir a métodos de fertilización asistida a través de donante anónimo con la intención de formar una familia monoparental, por lo que consideró que las relaciones sentimentales que pudiera haber mantenido con la actora en nada influyeron al respecto. Reconoció que, luego de la disolución de la unión civil, la niña mantuvo con M. A. B. algunos encuentros por efecto del vínculo que se había establecido entre ambas durante la relación que sostuvieron, pero alegó que éstos de ninguna manera revestían el carácter de un "régimen de visitas" (actualmente llamado régimen de comunicación), negando, así, la existencia de la voluntad procreacional invocada por la actora.

Por otra parte, se presentaron en el expediente dos letradas como abogadas en representación de la niña, acompañando a tal fin constancia del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la CABA, dando cuenta de su designación como tales en los términos del art. 27, inc. c), de la ley 26.061, y constancia de su conformidad para ser asistida por aquéllas. Bajo este marco, las abogadas de S. V. R. solicitaron el rechazo de la pretensión de la actora, manteniéndose la filiación de la niña como hija monoparental de A. M. F. R. Al respecto, manifestaron que la niña no deseaba mantener contacto con la actora y que no la reconocía como madre, toda vez que no tenía recuerdos ni registros de la presencia de ella, rechazando así la idea de tener dos madres y expresando su deseo de, al cumplir la mayoría de edad, tener conocimiento de su "padre biológico", a pesar de saber que no mantendría vínculo con él.

## II.2. Deslindando el sustrato fáctico no controvertido y el eje de la contienda

Los hechos sobre los que las partes coincidieron y que se señalaron en el fallo como no controversiales fueron los siguientes: 1) que M. A. B. y A. M. F. R. mantuvieron una relación de pareja y que convivieron durante aproximadamente siete años hasta su separación; 2) que S. V. R. fue concebida mediante tratamiento de reproducción humana asistida con material genético de donante anónimo; 3) 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 M. A. B. y A. M. F. R.; y 4) que, luego del nacimiento de S. V. R., las nombradas se unieron civilmente.

Así, la controversia se suscitó respecto de la determinación de la existencia o no de vínculo filial entre M. A. B. y S. V. R., y, dado que se trataba de una filiación por TRHA, si hubo o no voluntad procreacional de M. A. B. En este sentido, la actora afirmó que la voluntad procreacional de concebir a S. V. R. fue de ambas, mientras que A. M. F. R. negó la voluntad procreacional alegada por M. A. B., sosteniendo que se trató de un proyecto monoparental propio.

## II.3. Resolución judicial

El fallo judicial dictado determinó hacer lugar a la acción de amparo promovida y, consecuentemente, dejar sin efecto la decisión administrativa denegatoria de la petición de reconocimiento de S. V. R. como hija de la actora. En este sentido, ordenó al Gobierno de la CABA la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del reconocimiento de comaternidad efectuado por M. A. B. respecto de la niña S. V. R. y la notificación fehaciente de dicha inscripción a A. M. F. R. Por otra parte, el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la actora fue desestimado por inoficioso.

Entre los argumentos jurídicos expuestos en la sentencia para arribar a esta decisión podemos distinguir, a los fines analíticos, los siguientes puntos: 1) la aplicación de la ley en el tiempo, 2) la prueba de la existencia de voluntad procreacional de la accionante, 3) el reconocimiento de la niña por la comadre, y 4) el derecho a la identidad y a conocer la verdad de los orígenes de la niña. A continuación pasaremos a desarrollarlos y analizarlos.

## III. El derecho transitorio y los casos de comaternidad por TRHA

### III.1. La cláusula transitoria tercera

El juez manifestó expresamente en la sentencia que "(l)uce 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. Tal situación hoy se halla superada a través de la legislación vigente (...). 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 (...). En efecto, las leyes 26.618 de Matrimonio Civil Igualitario y 26.994 de sanción del Cód. Civ.y Com. de la Nación introdujeron cambios sustanciales en materia de regulación de las uniones convivenciales y/o conyugales entre personas de distinto sexo (sic), así como en el régimen filiatorio en los casos de niñas y niños nacidos merced a la utilización de técnicas de fertilización asistida".

De esta forma, se visibilizó el contexto normativo del momento en el que ocurrieron los hechos y la desigualdad que él traía aparejada para los proyectos familiares homoparentales. Cuestión que en la actualidad ha sido superada gracias a importantes reformas legislativas en el ámbito del derecho de las familias (2), que se asientan sobre la base del principio de igualdad y el respeto a la pluralidad de organizaciones familiares. Así, el magistrado sostuvo que el "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 art. 7º, además de enfatizar lo dispuesto por la cláusula transitoria tercera, art. 9º, ley 26.994 de aprobación del Cód. Civ. y Com., la cual establece que "(l)os nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas 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".

En primer lugar, y conforme a la mención relativa a que resulta aplicable el art. 7º del Cód. Civ. y Com. referido a la eficacia temporal de la ley, cabe preguntarnos: ¿qué parte de dicha disposición es de aplicación a este caso? Al respecto, ¿no resultaría contradictorio sostener que es la frase referida a la aplicación inmediata de la ley a las "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" y, luego, establecer la aplicación de la disposición transitoria tercera? Es decir: ¿es la determinación de la filiación por TRHA una consecuencia de una relación y/o situación jurídica existente?

Es este sentido, resulta pertinente recordar los argumentos de Aída Kemelmajer de Carlucci al sostener que la disposición transitoria tercera, en tanto excepción a la regla de irretroactividad de la ley, era de necesaria consagración en la legislación que aprueba el nuevo Código, "porque la filiación por voluntad procreacional es una figura que nace normativamente con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. Aunque haya sido admitida en algún caso jurisprudencial, lo cierto es que no estaba regulada. En opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones jurídicas nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución —ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)", Ed. Dalloz et Sirey, París, 1960, 2ª ed., nro. 47, p. 210— expuestos por lo tanto, era necesaria la ley que previese que la filiación de los niños nacidos antes de la vigencia del Código por medio de estas técnicas se rigen también por el sistema creado por la nueva ley y no simplemente por el dato genético" (3).

Por ende, la parte del art. 7º del Cód. Civ. y Com. que resulta aplicable a este caso es la que establece que "las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario", lo cual habilita la aplicación de la cláusula transitoria tercera que establece la excepción.

En segundo lugar, y hecha esta necesaria aclaración, cabe seguir calando aún un poco más profundo en la disposición transitoria y preguntarnos: ¿qué motiva esta excepción expresa a la regla general de irretroactividad de la ley? ¿Qué relación tiene esta cláusula transitoria tercera con los casos de comaternidad por TRHA en el marco de parejas no casadas? Podemos decir que, sobre la base de los principios de igualdad, realidad y respeto de la diversidad familiar, surge una importante conexión entre esta aplicación excepcional de la ley actual a situaciones ya constituidas y la necesidad de regularizar vínculos jurídicos —a través de la nueva fuente de filiación que el Cód. Civ. y Com. ha incorporado— respecto de niños y niñas nacidos anteriormente por TRHA que habían quedado en un limbo legal al nacer o ser gestados/as en el marco de proyectos parentales conformados por dos mujeres no casadas, ya sea porque no tuvieron esta posibilidad jurídica (como en el caso en análisis) o porque, a pesar de tenerla a partir de la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario, optaron por un proyecto convivencial no conyugal, brindándose, así, seguridad jurídica.

Al respecto, Eleonora Lamm ha señalado que "las TRHA de alta complejidad se practican en Argentina

desde hace más de cuatro décadas y consecuentemente son ya muchos los niños nacidos. En algunos casos la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA antes del nuevo Código no fue compleja, o no generó mayores complejidades atento a que, por tratarse de vínculos heterosexuales, se 'los hizo pasar por biológicos'. De esta manera, si se trataba de un matrimonio heterosexual, sea que se usara material genético de la pareja o no, se apelaba a la presunción de filiación y el matrimonio no revelaba nada ante el Registro Civil, como si se tratara de un hijo producto de una relación sexual. De igual manera, si se trataba de parejas heterosexuales no casadas, el varón reconocía ante del Registro al niño nacido, también con independencia de si había aportado o no material genético. Estas 'simulaciones' respecto de las inscripciones generaban incertidumbres, especulaciones jurídicas y violaciones de los derechos del niño así inscripto, en especial en lo que respecta a su identidad. De allí también la necesidad de regularlo como un tipo filial propio. Pero además, se evidenciaba un importante problema respecto de los matrimonios o parejas de personas del mismo sexo que, habiendo o no recurrido a las TRHA no podían inscribir al niño nacido como hijo de ambos. Para remediar esta situación respecto de los matrimonios y parejas de dos mujeres, es que sanciona, primero, el dec. 1006/2012 y luego, la disposición transitoria tercera del Código Civil y Comercial" (4).

En consecuencia, la jurista entendió a esta disposición transitoria como "complemento para abarcar la diversidad familiar", al incluir a las parejas de mujeres que no contraían matrimonio y que quedaban afuera del dec. 1006/2012, solucionando así desajustes que —en términos de Borillo— podían generar nuevas formas de homofobia (5).

En sentido concordante, Marisa Herrera también se refirió a la conexión específica entre la cláusula transitoria tercera y los casos de comaternidad, sosteniendo que —en la actualidad y hasta dentro de un tiempo muy breve— tendremos algunos conflictos derivados del hecho de personas que fueron gestadas en el marco de un sistema jurídico que los silenciaba, es decir que no regulaba las TRHA, lo cual no se podía ocultar en el caso de parejas de mujeres, con los problemas jurídicos que se derivaban a la luz del principio de igualdad de los hijos y no discriminación en razón de la orientación sexual de sus progenitores, de allí que el Cód. Civ. y Com. receptó una cláusula transitoria como excepción a la "irretroactividad de la ley" (6).

En suma, esta cláusula excepcional de derecho transitorio respondió a la necesidad de brindar una respuesta frente a los casos de niños y niñas que quedaron fuera del dec. 1006/2012 y, por lo tanto, no pudieron contar con doble vínculo filial, ya que nacieron en el marco de proyectos no matrimoniales. De esta forma, se respeta el principio de igualdad en relación a todos los hijos e hijas, independientemente de la orientación sexual de sus progenitores y de si optaron o no por una unión matrimonial, sobre la base del respeto a la pluralidad de formas familiares.

No obstante que, por aplicación de esta cláusula, el trámite a realizar es administrativo, "debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas" —tal como se establece expresamente—, durante estos primeros tiempos de interpretación, aplicación y práctica del Cód. Civ. y Com. se han presentado algunos casos ante los estrados judiciales, ya sea para resolver ciertas complejidades surgidas a raíz de circunstancias concretas propias del contexto de transición o bien por trabas registrales generadas en errores de aplicación del régimen actual (7).

### III.2. Jurisprudencia en la materia a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com.

El primer fallo sobre filiación por TRHA pronunciado luego de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. fue justamente un caso de aplicación de la ley en el tiempo. Se trató de la sentencia dictada por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 en fecha 13/08/2015 (8). No obstante, no se trató de un caso de comaternidad. De acuerdo al relato de los hechos, una mujer inició una medida autosatisfactiva en representación de su hijo para que se agregue a la partida de nacimiento del niño el apellido del padre, quien había fallecido recientemente en un accidente aéreo. La actora manifestó que habían tenido una relación de pareja y que, luego de intentar tener hijos sin conseguirlo, iniciaron su búsqueda por medio de TRHA, como consecuencia de lo cual nació el niño en el año 2014, siendo inscripto ante el Registro Civil únicamente como hijo de la accionante, ya que el padre no había podido hacerlo porque había tenido que viajar al exterior del país por motivos laborales, resultando finalmente que éste falleció accidentalmente.

La jueza, al resolver el caso, decidió admitir la pretensión incoada, en virtud de lo cual declaró el emplazamiento del niño con el doble vínculo filial y ordenó la inscripción en la partida de nacimiento adicionando al apellido materno el apellido paterno a continuación. En el desarrollo argumentativo del fallo se abordaron "tres cuestiones fundamentales: la aplicación temporal de las normas a las relaciones jurídicas existentes, las normas de derecho transitorio dispuestas por la ley 26.994 y finalmente la voluntad procreacional como elemento determinante en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" (9).

Particularmente respecto al derecho transitorio, la jueza sostuvo que la cláusula transitoria tercera otorga

efectos retroactivos al Cód. Civ. y Com. en materia filial por TRHA, por lo que —citando las ideas de Aída Kemelmajer de Carlucci [\(10\)](#)— consideró que "da efectos retroactivos a la determinación de la filiación; en consecuencia, si dos personas concurren a inscribir un niño nacido antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. y sostienen que es hijo de ambas, deben cumplir con los recaudos previstos en los arts. 560 y 561".

El siguiente caso fue resuelto el 06/04/2016 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [\(11\)](#), este sí fue un supuesto de comaternidad a través de la utilización de TRHA, planteándose la cuestión de la determinación filial. Se trató de una pareja de mujeres que tuvieron un hijo a través de estas técnicas médicas previo a la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com., por lo que en ese momento, y a pesar de contar ambas con el consentimiento informado, el Registro Civil rechazó la inscripción del doble vínculo filial como madres del niño, planteándose, en consecuencia, la acción pertinente en sede judicial.

Ante la desestimación del reclamo en primera instancia y la decisión de Cámara que, declarando la nulidad de la sentencia y de los actos subsiguientes, ordenó la devolución de las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se procediera a una nueva radicación ante otro juzgado de familia y a la designación de un tutor especial ad litem para el niño, el caso llegó a la Corte bonaerense por recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley planteado por las accionantes.

En este contexto, y encontrándose la causa a estudio del Máximo Tribunal provincial, sucedió que entró en vigencia el Cód. Civ. y Com. y junto a éste las reglas transitorias de aplicación del nuevo cuerpo normativo en virtud de la ley 26.994, por lo que la Corte bonaerense entendió aplicable al caso la cláusula transitoria tercera, art. 9º, de la mencionada ley. Así, "toda vez que dicha modificación legislativa viene a regular la cuestión que se ventila en autos, ello importa la desaparición del conflicto sustanciado en las presentes actuaciones. Por lo tanto, la cuestión debatida se ha tornado abstracta, finalizando de tal modo la controversia y con ello el objeto de este proceso (art. 163, inc. 6º, segundo apartado, Cód. Proc. Civ. y Com.)" (del voto de la Dra. Kogan). En consecuencia, las reclamantes se encontraron facultadas a solicitar directamente ante el Registro Civil la inscripción de la comaternidad, completándose el acta de nacimiento del niño en la que constaba —hasta ese momento— un solo vínculo filial.

Como ha señalado Lamm: "(1)a cuestión queda zanjada en pocos párrafos. No obstante, esta pareja litiga desde hace años para obtener el reconocimiento de derechos humanos fundamentales, como lo son el derecho a la identidad, a la filiación, a estar inscripto, sin perjuicio del derecho a la vida privada y familiar. Esta sentencia refleja y demuestra, por un lado, la importancia de la inclusión de la cláusula transitoria tercera en el Código Civil y Comercial que resuelve la situación de muchas familias que hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial carecían de reconocimiento legal y debían litigar —muchas veces sin éxito— para alcanzarlo. Por otro, la desigualdad y discriminación que constantemente sufren y viven las parejas del mismo sexo. Sin ir más lejos, el planteo de la Cámara de exigir un tutor ad litem denota un claro estigma respecto de estas dos mujeres y su maternidad" [\(12\)](#).

A continuación, cabe mencionar la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Puerto Madryn el 18/08/2016 [\(13\)](#), que también versó sobre un supuesto de comaternidad. La acción se originó frente al rechazo del Registro Civil de inscribir el nacimiento de una niña con el doble vínculo filial respecto de sus dos madres. Conforme al relato de los hechos, una pareja de mujeres no casadas recurrieron a TRHA heterólogas a fin de tener hijos/as, como consecuencia de lo cual nace una niña el 08/01/2016. La técnica fue realizada con espermatozoides donados y con óvulos de una de las mujeres de la pareja, quien además gestó a la niña y fue la única que firmó el consentimiento informado.

Ante el rechazo del Registro Civil y constándose sólo con la inscripción de la niña respecto de su vínculo filial con la madre gestante, ambas mujeres —por derecho propio y en representación de su hija— solicitaron judicialmente el aditamento del segundo apellido, acreditándose el doble vínculo. En este contexto, la magistrada de primera instancia hizo lugar a la pretensión incoada, declarando el emplazamiento filial de la niña como hija de ambas madres y ordenando se proceda a la formación del legajo previsto en el art. 563 del Cód. Civ. y Com.

El centro del debate se circunscribió a si correspondía o no la inscripción de la niña con doble filiación materna y dentro del marco de qué procedimiento normativo debía encuadrarse dicha cuestión. En el caso, el procedimiento médico de reproducción que dio lugar al nacimiento fue realizado con anterioridad al Cód. Civ. y Com., pero la niña nació luego de su entrada en vigencia. Por ende, la jueza entendió que se debía aplicar la nueva normativa, que reconoce a las TRHA como una fuente de la filiación, en virtud del art. 7º del Cód. Civ. y Com. y de la cláusula transitoria tercera, art. 9º, ley 26.994.

En este sentido, consideró que "(n)o puede desconocerse que desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. iban a ocurrir conflictos y/o diferentes planteos predecibles, o no, derivados de la TRHA, por los niños/

niñas gestadas en el marco legal del Código Civil de Vélez Sarsfield, y nacidos con posterioridad, que no regulaba este tipo de filiación, y menos en el caso de parejas o matrimonios homosexuales. Pero ello fue previsto por los redactores de la nueva normativa de fondo al introducir la cláusula transitoria en la materia que implica una excepción a la irretroactividad de la ley —art. 9º, norma tercera, de la ley 26.994 que corresponde al cap. 2, tít. V del Libro segundo del Cód. Civ. y Com.—".

Finalmente, se halla el caso resuelto el 08/03/2017 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 85 (14). Este cuarto supuesto también se enmarca dentro de una pareja conviviente de mujeres no casadas cuya hija nació por TRHA con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. La acción judicial fue iniciada por una de estas mujeres ante la negativa del Registro Civil de incluir en la partida de nacimiento de la niña el segundo vínculo filial respecto de ella (la niña sólo se encontraba inscripta con un vínculo filial respecto de la otra mujer, quien la había gestado y dado a luz), solicitando se le adicione su apellido. A su turno, la otra mujer miembro de la pareja —quien ya figuraba como "madre legal" de la niña— ratificó y acompañó dicha petición (15).

El juez de la causa hizo lugar al reclamo peticionado, afianzando "de manera definitiva los lazos jurídicos con quienes han asumido el compromiso de formar una familia, y de querer asumir el rol de progenitoras, dándole toda seguridad jurídica que ello conlleva a la familia y particularmente a la niña, lo que de esta manera refleja la verdadera identidad". Es decir que se basó en la existencia de voluntad procreacional para determinar la filiación con la madre que no había sido incluida en la inscripción registral, aplicando el régimen regulado por el actual Cód. Civ. y Com.

En este sentido, determinó la ley aplicable al caso de conformidad con la cláusula transitoria tercera, art. 9º, ley 26.994, sosteniendo que esta disposición "da efectos retroactivos a la determinación de la filiación; en consecuencia, si dos personas concurren a inscribir un niño nacido antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. (por ejemplo, una pareja integrada por personas lesbianas) y sostienen que es hijo de ambas, deben cumplir con los recaudos previstos en los arts. 560 y 561".

En suma, y tal como hemos podido observar a lo largo del detalle de los casos judiciales que han precedido al que aquí se analiza, el cruce entre filiación por TRHA y derecho transitorio ha sido una temática que no ha escapado a los tribunales, lo cual se comprende al tratarse esta nueva fuente filial de una de las incorporaciones más trascendentales del Cód. Civ. y Com. y que, lógicamente, ha implicado algunas complejidades y "acomodamientos" (16) propios de los primeros tiempos de su aplicación. Como síntesis, y en tanto puntos de coincidencia con el fallo en análisis, cabe puntualizar que i) en la mayoría se los casos (salvo el primero) se trató de supuestos de comaternidad en el marco de parejas no casadas de mujeres; ii) se aplicó el régimen de filiación por TRHA del Cód. Civ. y Com. en virtud de la cláusula transitoria tercera y las reglas civiles de la aplicación de la ley en el tiempo (art. 7º, Cód. Civ. y Com.), y iii) se tuvieron que realizar precisiones argumentales específicas respecto de la existencia de la voluntad procreacional de la persona en relación a quien se pretendía determinar el vínculo filial, ya sea por la ausencia de consentimiento escrito o bien por la falta de requisitos que al respecto exige la regulación actual (toda vez que este consentimiento había sido otorgado con anterioridad a su vigencia). A este último punto nos abocaremos en el apartado siguiente.

#### IV. La existencia de voluntad procreacional. Una cuestión probatoria

Una vez determinada la cuestión de la ley aplicable al caso, estableciéndose que es el Cód. Civ. y Com. en virtud de la cláusula transitoria tercera anteriormente analizada, el juez pasó a considerar, con acierto, la voluntad procreacional de la accionante, en tanto ser la columna vertebral de la determinación de la filiación por TRHA (art. 562, Cód. Civ. y Com.). Así, se dispuso en la sentencia que "(l)a 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 asistida. 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". Tan es así que M. A. B. no contaba con el consentimiento informado escrito conforme a los requisitos exigidos por los arts. 560, 561, 562 y concordantes del Cód. Civ. y Com.

Al respecto, cabe considerar que en los tiempos anteriores a la regulación actual (recordemos que en este caso la TRHA que permitió el nacimiento de la niña fue llevada a cabo en el año 2006, es decir, nueve años antes de la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com.) varios centros médicos dedicados a estos procedimientos de fertilización no tenían la práctica de involucrar en la realización de la técnica a la pareja mujer de quien se sometía a ella, sobre todo si no aportaba tampoco su material genético, por lo tanto quedaban fuera de la firma

de consentimiento alguno, más allá de que su voluntad procreacional y el compromiso de un proyecto parental común estaba presente en los hechos, pero sin que quedara de ello constancia escrita (17). En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué pasa si, en virtud de una TRHA realizada con anterioridad al Cód. Civ. y Com., uno o ambos progenitores carecen del consentimiento informado escrito o bien éste no reúne todos los requisitos que exige la actual regulación? ¿La existencia de voluntad procreacional podría acreditarse de alguna otra manera?

Marisa Herrera se ha referido a que el problema jurídico más grave, y que durará sólo hasta que todos los niños y niñas que nacen de TRHA lo sean en virtud de prácticas que se hayan realizado dentro del actual Cód. Civ. y Com., que brinda reglas claras, "son los casos —pocos pero que existen— de niños nacidos en el marco de una pareja no casada de mujeres en el que una se sometió a técnicas y fue la única que firmó el consentimiento informado y la otra, como no fue la que dio los óvulos, no firmó nada; ¿cómo se puede acreditar la voluntad procreacional si ésta no fue exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado? Estos casos deberían ser resueltos mediante declaración jurada ante el registro civil, ya que no se puede dejar a los niños sin filiación. En otras palabras, la falta de consentimiento informado que no era requisito legal antes del nuevo Código, no puede ser un obstáculo insalvable para generar vínculo filial entre un niño y su otra madre" (18).

Asimismo, entre los fallos dictados en el país antes referenciados, se ha planteado esta cuestión con diferentes matices. En el caso resuelto por el Juzgado de Familia de Puerto Madryn se sostuvo que "este requisito fuente de la filiación por las TRHA (voluntad procreacional expresada en el consentimiento previo) surge a partir del 01/08/2015, y recordemos que la inseminación se realizó el día 24/04/2015, mal podría entonces pretenderseles a las Sras. P. y L. que hayan dado cumplimiento con la exigencia del mismo para inscribir a la niña con doble filiación". Agregándose que "una de ellas (Sra. L.) se sometió a la TRHA, además de ser la gestante, y fue la única que firmó el consentimiento informado, lo único que se exigía en aquel entonces, pues al ser además por una técnica heteróloga —con material genético masculino de un tercero, anónimo— la Sra. P., como no tuvo participación —no aportó sus óvulos ni fue la gestante—, no tuvo que suscribir nada, pues no tenía obligación alguna de exteriorizar el consentimiento informado. Pero tampoco, dicha circunstancia —la falta de consentimiento informado—, no puede ser un obstáculo insalvable para generar vínculo filial entre la niña y su otra madre".

Incluso el fallo avanza un paso más al considerar que la falta de dicho instrumento tampoco implicaba la necesidad de judicializar la cuestión, sino que ella habría debido tramitarse ante el Registro Civil. Por lo que "(1) la situación puntual de autos, con las disposiciones del Cód. Civ. y Com., pudo ser resuelta de manera administrativa, mediante declaración jurada e incorporación de los elementos probatorios necesarios ante el Registro Civil", es decir que en "el ámbito administrativo se podría haber reparado y/o convertido la exigencia del consentimiento previo en la demostración de una verdadera voluntad procreacional". En sentido concordante, en el fallo dictado por el Juzgado Nacional Civil N° 85, se expresó que "la voluntad procreacional de la Sra. del C. fue exteriorizada en la declaración jurada; y si el órgano administrativo tuviera poca certeza del mismo, la podría haber recabado en ese momento sin necesidad de abrir la vía judicial".

Finalmente, este es el criterio que en sede administrativa adoptó el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires a través de su disposición 660/2016, por medio de la cual se busca la adecuación de las inscripciones de nacimiento anteriores a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. o posteriores, pero como consecuencia de TRHA realizadas con anterioridad a él, evitándose la judicialización de casos en los que los consentimientos informados existentes no reunían todos los requisitos que luego exigió la actual regulación civil o ante la ausencia de consentimiento instrumentado por escrito. Se dispuso, así, que los progenitores que deseen agregar el apellido del otro respecto de los nacidos por TRHA antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. deben manifestar, expresamente y por escrito, el consentimiento acerca de su voluntad procreacional a los fines de completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil, cuando sólo constara el vínculo filial de quien dio a luz (art. 1°). Asimismo, la disposición bonaerense aprobó, como anexo, un formulario modelo de "Declaración de Consentimiento" a ser utilizado para tales fines.

Por otra parte, desde el ámbito del derecho comparado, cabe observar el pronunciamiento de un juzgado de Asunción del Paraguay (19), dictado en fecha 28/05/2013, en el marco del caso de una pareja matrimonial que, con el consentimiento de ambos, había recurrido a TRHA con donante anónimo de esperma debido a que el marido carecía de gametos, por lo que nacieron niñas mellizas a través de dicha técnica heteróloga. Sin embargo, tres años después, el padre legal de las niñas pretendió desconocer dicho carácter, iniciando una acción de impugnación de la paternidad matrimonial presumida por ley, basándose en que no tenía vínculo genético con ellas. Finalmente, se resolvió no hacer lugar a dicha pretensión, con fundamento en la centralidad de la voluntad procreacional en materia de TRHA y en el interés superior de las niñas.

En lo que aquí respecta, y en cuanto a la falta de consentimiento informado escrito por parte del padre, se

estableció en el fallo que "(h)ubiese sido mejor, y por cualquier eventualidad (como la que nos hallamos discutiendo), que el consentimiento para el sometimiento a la práctica de inseminación artificial por donante anónimo se hubiese formalizado por escrito y almacenado en los registros del médico tratante; sin embargo, más allá del deseo mero, no existe una normativa que legalmente obligue a la formalización escrita del consentimiento en cuestión, y sabemos que en nuestro ordenamiento impera el principio de la libertad de formas, por lo que la expresión de voluntad puede exteriorizarse de cualquier manera". Así, se resaltó el principio constitucional paraguayo, en virtud del cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena, por lo que "el hecho de que el consentimiento del actor no se haya formalizado por escrito —muy a pesar de su conveniencia— no obsta a su existencia".

Luego de este recorrido jurídico, cabe regresar concretamente a la resolución judicial en análisis y preguntarnos: ¿qué ha decidido el juez ante la falta de instrumentación escrita del consentimiento informado en este caso en concreto? En el fallo se han seguido, en términos generales, los lineamientos precedentemente expuestos relativos a considerar que la falta de instrumentación escrita no implica su inexistencia, derivándose, por ende, su tratamiento a una cuestión de prueba. Así, se sostuvo que "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 arts. 560 y ss. del Cód. Civ. y Com. Razón por la cual, corresponderá examinar la cuestión en torno a la existencia de voluntad procreacional por ambas mujeres a la luz de las pruebas producidas en autos".

No olvidemos que en este caso, y a diferencia de todos los anteriores resueltos en el país que hemos mencionado precedentemente, la ex pareja de la actora, es decir, quien figuraba como madre inscripta, y la niña se encontraban en contra del reclamo planteado. El juez valoró la prueba producida en autos.

En cuanto a la testimonial, prestaron declaración siete personas. "Todas las declaraciones testimoniales son contestes en que A. M. F. R. y M. A. B. tenían una relación con proyectos comunes y que compartían las tareas de la casa y del cuidado de la niña. También coinciden dichas testigos en que A. M. F. R. concurrió al centro médico el día de nacimiento de la niña, acompañada de M. A. B., 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 concurren a visitarla a la clínica (...) Otro punto de acuerdo es el relativo al trato afectivo que se dispensaban S. V. R. y M. A. B. y los cuidados de madre que esta última le brindaba (...) 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".

Resulta también importante la declaración de quien fue maestra de S. V. R. en el jardín, "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 S. V. R., 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 A. M. F. R. la llevaba a la mañana algunos días, por la tarde la retiraba M. A. B. a las 5 o a veces más temprano. A veces venían las dos, a veces venía A. M. F. R. Con respecto al comportamiento de la niña con respecto a ellas responde que era como una mamá con las dos. S. V. R. se dirigía a M. A. B. como mamú cuando pudo hablar'. Al respecto, tres testigos destacaron que la niña la llamaba 'mamú'".

En materia de la prueba documental, la actora acompañó copia certificada de la sentencia dictada por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 02/03/2015, en los autos "R., A. M. F. c. B., M. A. s/ simulación", y de las declaraciones testimoniales recibidas en dicho proceso. De dichas constancias surgía que en diciembre de 2006 A. M. F. R. y M. A. B. suscribieron un contrato de compraventa respecto de un inmueble de propiedad de la primera. No obstante ello, A. M. F. R. alegó que se trató de un acto simulado para asegurar que no le faltara vivienda a su entonces compañera, ya que tenía herederos forzosos (sus padres) y no podía ni testar ni legar.

En este sentido, se sostuvo en la sentencia que "(l)as 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 (M. A. B.) 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 A. M. F. R. 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 M. A. B."

La amparista también puso en conocimiento del juzgado que el 29/12/2015 se dio inicio a un 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 "B., M. A. c. R., A. M. F. s/ régimen de visitas". Asimismo, acompañó una carta



manuscrita, por medio de la cual A. M. F. R. se dirigiera a la actora refiriéndose a que tenían una hija en común, y una nota periodística publicada el 13/11/2009 en el Suplemento Soy del diario Página 12, referida a una entrevista realizada a M. A. B. y A. M. F. R. en la cual esta última se refirió a la niña como hija de ambas. La autenticidad de esta nota fue ratificada por la periodista que realizó la entrevista durante una audiencia testimonial.

Respecto de estos documentos, se consideró en el fallo bajo análisis que "la misiva no fue sometida al reconocimiento por A. M. F. R. y que la entrevista periodística y su contenido fueron desconocidos por ella (...), 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 M. A. B. y A. M. F. R."

Finalmente, y en virtud de todas estas acreditaciones, el juez concluyó en la existencia de voluntad procreacional conjunta de ambas mujeres, estableciendo que "(l)as probanzas analizadas en el apartado precedente son concluyentes y arriman convicción respecto a la clara voluntad procreacional entre M. A. B. y A. M. F. R."

V. ¿Es el reconocimiento la figura legal aplicable al caso?

Ahora bien, una vez acreditada la voluntad procreacional de la actora, el magistrado sostuvo que "(s)in necesidad de un intrincado análisis se desprende que dicho acto (el dictamen administrativo denegatorio) introduce una diferenciación que transgrede las normas vigentes en materia de igualdad, derecho a la identidad y protección de los lazos parentales, contenidas en los tratados sobre derechos humanos y en las Constituciones de la Nación Argentina y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello, en tanto impide a la amparista la posibilidad de reconocer a la niña también como hija suya" (el destacado me pertenece). Al respecto surge la pregunta de si es éste el encuadre apropiado, es decir: ¿resulta aplicable la figura del reconocimiento, propia de la filiación por naturaleza, a un supuesto de determinación filial por TRHA?

En definitiva, ¿no resulta acaso contradictorio disponer primero que el caso se encuadra específicamente en un tipo filial y luego recurrir a las reglas de otro tipo para establecer la determinación del vínculo? La respuesta afirmativa se impone. El actual Cód. Civ. y Com. ha incorporado una nueva causa fuente filial: la que se origina en virtud de las TRHA, sobre la base del principio de realidad, igualdad y autonomía reproductiva y los derechos humanos a formar una familia, gozar de los beneficios del progreso científico y, por supuesto, el interés superior de los niños y niñas que nacen como consecuencia de dichas prácticas. De esta forma, la nueva fuente filial se suma a las otras dos que ya existían anteriormente: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. La constitución legal y la regulación de cada una de estas fuentes por separado se justifica toda vez que cada una de ellas responde a realidades distintas, con su propia lógica y reglas.

Al respecto, Natalia de la Torre ha sostenido que "(l)as TRHA nos colocan en un escenario distinto al producido en la filiación natural o adoptiva —sin perder de vista que existen lazos o características compartidos en las tres fuentes filiales—... En primer lugar, cabe destacar que el régimen en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible, la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, la inmediatez de la relación sexual está ausente en las TRHA... En segundo lugar, las TRHA permiten criopreservar embriones y/o material genético de las parejas o de las personas por tiempos prolongados, lo que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin... Por último, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando este último primacía... Todos estos interrogantes reflejan las particularidades y especificidades que implica el uso de las TRHA, no pudiendo ser aprehendidas por las reglas de la filiación natural, ni por las reglas de la filiación adoptiva, volviéndose imperante la regulación diferencial y autónoma" (20).

Por lo tanto, no resulta equiparable la filiación que se genera como consecuencia del acto sexual; la que se origina a raíz de la intervención médica —a través de la cual puede extraerse material genético, generarse embriones in vitro, diferirse en el tiempo el momento de la implantación en el útero y/o utilizarse material genético de un tercero—; y la que se constituye en virtud de una sentencia judicial precedida por una separación de un niño/a de su familia de origen. Por ende, regular distinto lo que es diferente implica acercar el derecho a la realidad, brindando seguridad jurídica y protegiéndose los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

Así, establecer que el caso responde a una filiación por TRHA, donde la voluntad procreacional (la cual se ha buscado acreditar ante la falta de consentimiento informado escrito, como hemos visto en el apartado precedente) es el elemento medular que determina la filiación, para luego aplicar la figura del reconocimiento que se regula específicamente en materia de filiación por naturaleza, resulta una contradicción jurídica.

En el fallo se establece, por un lado, la aplicación de la cláusula transitoria tercera, enmarcándose por tanto el caso a la luz de la actual regulación civil sobre filiación por TRHA, al considerarse que "(e)ste nuevo marco jurídico que regula los vínculos filiatorios en los casos de niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida —y puntualmente en el marco de familias homoparentales— resulta aplicable a niños nacidos con anterioridad a la sanción de las nuevas normas", por lo que "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 paternidad". Entendiéndose que en el Cód. Civ. y Com. (art. 562) se comprende "el instituto de la comaternidad al disponer que 'los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre'".

Mientras que, por otra parte, se establece que este encuadre jurídico tornaría inaplicable al caso el art. 45 de la ley 26.413, "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 Personas. 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". Agregándose, que "el reconocimiento de hija en el sub iudice, 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 progenitor. 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 de las Personas, lo cual favorece el pronto conocimiento del acto y constituye una 'solución que permite integrar los derechos en juego ya que, por un lado, admite la posibilidad de reconocer al hijo y, por el otro da a conocer tal circunstancia a los interesados para que en caso de ser falsa la paternidad (o comaternidad) alegada puedan entablar las acciones pertinentes'".

Surge así la confusión en la que se incurre, ya que si bien se había determinado la aplicación del Cód. Civ. y Com. y se había acreditado con la prueba producida en autos la existencia de voluntad procreacional ante la falta de consentimiento informado por escrito, no se comprende cómo no se estableció la determinación de la comaternidad sobre la base de dicha voluntad procreacional como causa fuente determinante del vínculo filial (art. 562, Cód. Civ. y Com.), sino que se recurrió a una figura de la filiación por naturaleza. El reconocimiento, así como las acciones de reclamación e impugnación, son reglas específicas de la filiación por naturaleza, las cuales no se condicen con la lógica fáctica ni jurídica de los otros dos tipos filiales y, puntualmente en lo que a este caso se refiere, con la filiación por TRHA, respecto de la cual el elemento central es la voluntad procreacional independientemente del dato genético.

Este derrotero argumental lleva al juez a "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 legal". Lo que implica, en consecuencia, no entrar a considerar la oposición formulada por la niña respecto del emplazamiento filial reclamado, aspecto al cual nos abocaremos en el siguiente apartado.

#### VI. El derecho a conocer los orígenes y el interés superior de la niña

En materia de filiación por TRHA, especialmente heterólogas (es decir, con material genético donado de una tercera persona), el derecho a la identidad de los niños y niñas nacidos por estas técnicas adquiere una fisonomía específica, tan es así que el Cód. Civ. y Com. se ha encargado de regular este aspecto particularmente a través de sus arts. 563 y 564. Asimismo, la doctrina se ha referido más precisamente al "derecho a la información" que se vincula al elemento genético (21). En el fallo en análisis se puntualiza que "en el caso de niños concebidos mediante fertilización asistida heteróloga, el derecho a conocer la verdadera identidad no pasa ya por la verdad biológica y menos aún por la meramente genética sino por la verdad voluntaria o consentida", considerándose así el límite legal a la posibilidad de acceder a la información relativa al donante de gametos, de conformidad con lo previsto en el art. 564, Cód. Civ. y Com.

En este sentido, las abogadas de la niña manifestaron su "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". Cabe puntualizar sobre este planteo de las letradas dos cuestiones. Una, relativa a que el donante de esperma no es padre biológico de la niña, de ahí la regulación específica en materia de acceso a la información, tanto no identificatoria como identificatoria, que se regula en la norma antes mencionada. Y la otra cuestión que es importante considerar es que el Cód. Civ. y Com. en ningún momento limita el ejercicio de este

derecho de acceso a la información a la mayoría de edad, resultando aplicable el principio constitucional-convencional de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, cuyo eje regulatorio central —en el marco del derecho civil— se halla en el art. 26, Cód. Civ. y Com.

En este contexto, recordemos que el art. 564 del Cód. Civ. y Com. establece que "a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local". A su vez, ello requiere conocer previamente el origen procreacional, es decir, la voluntad de los progenitores de haber recurrido a las técnicas heterólogas que permitieron el nacimiento, a fin de que la persona pueda entonces ejercer su derecho de acceso a esa información.

Por ende, el artículo anterior del Código establece que "la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento" (art. 563). Al respecto, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2015 en Bahía Blanca, se concluyó por unanimidad que "es deber de los progenitores informar al hijo con edad y grado de madurez suficiente su origen procreacional" (22).

Volviendo al fallo en análisis, el juez concluyó que "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. 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".

Al respecto, las abogadas de la niña manifestaron que ésta no deseaba mantener contacto con la accionante y que no la reconocía como madre, ya que no poseía "recuerdos ni registros de la presencia de la aquí actora, rechazando la idea de tener dos madres". En este contexto, tengamos presente que cuando el caso finalmente se resolvió a través de la instancia judicial, la niña contaba ya con 10 años de edad y no tenía contacto con la accionante desde aproximadamente sus 3 años. Al respecto, resulta fundamental recordar la importancia del factor tiempo en la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como la consideración fundamental que la protección del principio rector de su interés superior implica en la resolución de los casos que los afecten (conf. arts. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes). Sin perder de vista que "la aplicación de fórmulas pre-establecidas, apriorísticas y desconectadas de las circunstancias concretas no configura una resolución razonablemente fundada en el interés superior del niño (art. 3° del Cód. Civ. y Com.)" (23).

Así, cabe preguntarnos: ¿la solución adoptada es la que mejor se condice con el interés superior de la niña en este caso en concreto? ¿Cuál es la relación entre el interés superior de la niña y sus opiniones en el marco del ejercicio de su derecho a ser oída? ¿Cuál es el rol que al respecto juega el factor tiempo en este caso? Y más precisamente en ese sentido: ¿tiene alguna implicancia la inacción de la actora durante los años transcurridos entre el rechazo en sede administrativa y la demanda en sede judicial?

Cabe señalar al respecto que, en un trabajo anterior, se ha ensayado el interrogante acerca de si "la respuesta jurisdiccional más respetuosa de todas las partes, sobre todo de la niña, quizá hubiera estado en distinguir entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes socio afectivos (24) y el establecimiento de vínculo filial. Si bien la acción autónoma a los fines de conocer los orígenes está expresamente prevista en el campo de la filiación adoptiva (art. 596 del Cód. Civ. y Com.). No es menos cierto que también ha sido utilizada en el campo de la filiación por naturaleza (25) y que, en supuestos como el presente, cabría repensar su aplicación al campo de las TRHA" (26). Así, y recordando que "la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, por un lado, el derecho a tener vínculo filial —que se deriva de un régimen legal para la determinación de la filiación— y por otro, el derecho a conocer los orígenes" (27), queda el interrogante planteado.

En conclusión, frente a la apertura de todas estas preguntas y a la posibilidad de brindar respuestas, el fallo en comentario nos deja, por así decirlo, con "sabor a poco", toda vez que no profundiza en estas aristas a fin de brindar una argumentación acabada ante la oposición planteada por las abogadas de la niña.

Como un primer puntapié, cabe considerar la intrínseca relación entre el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Por lo que una buena práctica, y sin perjuicio de la asistencia letrada (defensa técnica de la niña), podría haber sido la escucha directa de la niña por parte del juez (defensa material) (28), reforzando el

principio de inmediación y a fin de que la opinión de ésta pudiera ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso (conf. arts. 26 y 707, Cód. Civ. y Com., y arts. 2º, 3º, 24 y 27, ley 26.061).

Recordemos finalmente, en este sentido, que el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su observación general 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, ha establecido que existe relación de complementariedad entre los dos principios generales consagrados en los arts. 3º (interés superior del niño) y 12 (derecho a ser oído) de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que no es posible una aplicación correcta del art. 3º si no se respetan los componentes del art. 12, del mismo modo que, a la inversa, el art. 3º refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida (párr. 74). Criterio aplicado, asimismo, en el ámbito regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", del 24/02/2012 (párr. 197).

## VII. Breves palabras de cierre

Hemos llegado al final del análisis de este fallo, tan complejo como interesante, con ribetes propios de los tiempos de transición y con particularidades distintivas que nos permiten agudizar la argumentación jurídica. A fin de pensar y re-pensar la interpretación y aplicación de las reglas y principios del derecho de las familias en situaciones concretas, protagonizadas por personas de carne y hueso que sienten en sus cuerpos las decisiones adoptadas, las cuales deben ser, por imperativo constitucional-convencional, protectoras, primero que nada, de los derechos humanos de quienes las encarnan.

En este contexto es que debemos aprovechar el espacio privilegiado que nos brinda la reflexión académica, donde se habilita y se persigue el planteo comprometido de dudas, incertezas y cuestionamientos, con el objeto de abrir a interrogantes y debates que nos permitan acercar —cada vez más— el derecho a la realidad sobre la base de los principios de justicia y dignidad.

(\*) Abogada UBA. Becaria doctoral CONICET. Doctoranda en Derecho UBA. Docente de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Integrante de proyectos de investigación: UBACYT, dirigido por la Dra. Marisa Herrera, y CONICET, dirigido por la Dra. Cecilia Grosman.

(\*\*) HERRERA, Marisa, "Derecho transitorio y filiación por técnicas de reproducción humana asistida", Revista Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio, agosto 2016, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, p. 36.

(1) Este decreto nacional estableció un trámite administrativo, temporario y excepcional ante el Registro Civil para completar la inscripción de nacimiento de niños y niñas menores de 18 años de edad de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618, a fin de regularizar su situación filiatoria.

(2) Conf. HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015.

(3) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 142 y ss. Ver también HERRERA, Marisa, "Derecho transitorio...", cit.

(4) LAMM, Eleonora, "Diversidad familiar: la cláusula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su recepción legal", LA LEY del 12/07/2016, p. 4, cita online: AR/DOC/1984/2016.

(5) *Ibidem*. La autora cita a BORILLO, Daniel, en [www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-4484-2016-04-15.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-4484-2016-04-15.html) (compulsado el 01/10/2017).

(6) HERRERA, Marisa, "¿Cómo es la inscripción de los niños nacidos de técnicas de reproducción asistida?", en [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/2016-Inscripcion-de-nacimiento-reproduccion-asistida.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/2016-Inscripcion-de-nacimiento-reproduccion-asistida.pdf) (compulsado el 01/10/2017).

(7) Ver HERRERA, Marisa, "Derecho transitorio...", cit.

(8) Juzg. Nac. Civ. N° 8, 13/08/2015, "C., G. J. s/ información sumaria", RDF, nro. I, ps. 41 y ss. Ver comentarios al fallo: VÁZQUEZ ACATTO, Mariana, "Se hace camino al andar. El Código Civil y Comercial y la primera sentencia sobre técnicas de reproducción humana asistida", RDF, nro. I, ps. 50 y ss.; CIOLLI, María L. y ALBORNOZ, María C. del V., "Adhesión de apellido de padre fallecido. Aplicación del art. 7º del Cód. Civ. y Com. Derecho constitucional de familia", Supl. Doctrina Judicial Procesal 2016 (abril), 06/04/2016, p. 15, cita online: AR/DOC/4053/2015.

(9) VÁZQUEZ ACATTO, Mariana, ob. cit., ps. 50 y ss. Dicha autora sintetiza la particularidad de este caso al considerar "que la otra persona —cuyo vínculo no se encuentra inscripto— ha fallecido. Es dable preguntarse

entonces si el consentimiento al que refiere la última parte de la cláusula es un consentimiento actual que habilitaría la inscripción del vínculo en el registro —y que por tanto haría imposible la subsunción del caso en el presente o al menos la resolución favorable que finalmente tuvo, por haber fallecido quien debiera consentir— o bien, se trata de la acreditación del consentimiento que fuera prestado al momento de la realización de la técnica y que diera lugar al nacimiento, al que se refiere la primera parte de la cláusula. Resulta coherente con el sistema jurídico vigente la interpretación en el segundo sentido, y para así concluir basta ceñirnos a lo establecido en el art. 2º del Cód. Civ. y Com."

(10) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit.

(11) SCBA, 06/04/2016, "B., M. y otros s/ filiación", cita online: AR/JUR/13312/2016. Ver comentarios al fallo: LAMM, Eleonora, "Diversidad familiar...", cit.; AMIEVA NEFA, Sonia V. - FLEMING CÁNEPA, Eugenia, "Algunas observaciones en torno a la inscripción de las filiaciones "TRHA"", DFyP, 2016 (diciembre), 07/12/2016, p. 106, cita online: AR/DOC/3379/2016.

(12) LAMM, Eleonora, ob. cit.

(13) Juzg. Familia Puerto Madryn, 18/08/2016, "L., M. Á. y P., A. M. J. s/ medida autosatisfactiva", LA LEY Online AR/JUR/56074/2016. Ver comentario al fallo: BESCÓS VERA, Inés - SILVA, Sabrina A., "El eslabón perdido. Un conflicto actual sobre la inscripción de niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida", RDF, 2016, cita online: AP/DOC/155/2017.

(14) Juzg. Nac. Civ. Nº 85, 08/03/2017, "G. E. s/ información sumaria", inédito.

(15) Se presentó en el expediente la siguiente documentación a fin de acreditar la voluntad procreacional de la actora: el consentimiento informado de receptores de semen de donante, suscripto por ambas mujeres, y la declaración jurada también firmada por ambas a través de la cual se manifiesta la realización de una TRHA con semen de donante, expresándose asimismo que dicha práctica contó con la voluntad procreacional regulada en los arts. 560, 561 y 562 y ccdds. del Cód. Civ. y Com.

(16) HERRERA, Marisa, "Derecho transitorio...", cit., p. 31.

(17) *Ibidem*, ps. 31. En este sentido, la jurista puntualiza que "(e)llo sucedía porque los médicos también tuvieron que 'acomodarse' a la realidad social que visibilizó la ley 26.618 y, como todo 'acomodamiento', lleva sus tiempos y ciertas resistencias" (p. 31).

(18) HERRERA, Marisa, "¿Cómo es la inscripción...?", cit.

(19) Juzg. Niñez Nº 5 de Asunción del Paraguay, 28/05/2013, "N., I. B. V. y otra s/ impugnación de paternidad", inédito.

(20) DE LA TORRE, Natalia, "Las técnicas de reproducción humana asistida: una tercera causa fuente filial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, cita: RC D 307/2014.

(21) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LA LEY del 09/10/2012, p. 1; LA LEY 2012-E-1257, cita online: AR/DOC/5149/2012.

(22) Comisión Nº 6, Familia: "Identidad y filiación". Disponible en [www.jndcbahianblanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf](http://www.jndcbahianblanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf) (compulsado el 02/10/2017).

(23) HERRERA, Marisa - DUPRAT, Carolina P. - PELLEGRINI, María Victoria, "Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación", cita online: AR/DOC/2948/2015.

(24) *Ibidem*; SAUX, Edgardo I. - RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel A., "El derecho a la identidad biológica o filiatoria en un supuesto singular", LA LEY 2016-D-625, cita online: AR/DOC/2388/2016; KRASNOW, Adriana N., "La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la identidad de origen sin impactar en el vínculo filial", RDF 39-45.

(25) Ver C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 25/08/2011, "S. M. C. c. L. M. A. y otra s/ filiación", Ed. Rubinzal Online, cita: RC J 11392/11; C. Civ. Com. y Lab. Gualeguay, 31/05/2012, "C., J. M. c. G., M. s/ ordinario", LLL 2012 (diciembre), p. 1173, cita online: AR/JUR/45112/2012.

(26) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - SALITURI AMEZCUA, Martina - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana - VITTOLA, Leonardo, "Capítulo V - Filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida: voluntad procreacional y consentimiento informado", en HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora (coord.), Libro sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Rubinzal-Culzoni, en prensa.

(27) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Filiación derivada...", cit.

(28) Ver VILLALTA, Carla - MARTÍNEZ, María J. - GRINBERG, Julieta - DE LA TORRE, Natalia - VIGO, Fiorella - BURGUÉS, Marisol B. - VÁZQUEZ ACATTO, Mariana, "El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Prácticas, valoraciones y sentidos. Parte I", RDF, cita online: AP/DOC/85/2016.