

Relaciones al Código Civil y Comercial:

Artículo 558 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 558 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC

Voces:

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO DE FAMILIA ~ FILIACION ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Tribunal: Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata(JFamiliaMardelPlata)(Nro2)

Fecha: 24/11/2017

Partes: C. M. F. y otros s/ materia a categorizar

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/103023/2017

Hechos:

Una pareja del mismo sexo y la madre biológica de una menor interpusieron una demanda a fin que se le reconozca a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado.

Sumarios:

1 . La filiación triple de la menor debe reconocerse, dado que garantizar el interés superior de la niña, implica tutelar oportunamente su derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se encuentra inmersa y, por ende, la limitación del artículo 558 in fine del Código Civil y Comercial que establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial.

Texto Completo:

1ª Instancia.- Mar del Plata, noviembre 24 de 2017.

Resultando:

I. Que a fs. 74/86 los Sres. M.F.C., J.C. y C.S.S., se presentan en representación de A.C. DNI. ..., con el patrocinio letrado de la Dra. E.F.B. quien fuera inscripta solo con reconocimiento materno atento a la denegatoria del Registro Civil, e interpone demanda a fin de que se le reconozca a A. su triple filiación y se rectifique su apellido al de A.C.C.S., solicita asimismo la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Refieren que C. y J. poseen un proyecto de vida en común desde casi ocho años, refieren que poseían la idea firme de querer ser padres, pero luego de muchas charlas, coincidieron en que no querían que su hijo, no tenga una mamá. Es así que suman su deseo de ser padres con el deseo de ser madre de M.F. comenzando el tratamiento de reproducción humana asistida y encarar el sueño y proyecto de pluriparentalidad. J. aportó los gametos y M.F. los óvulos. Firmando los tres el consentimiento informado de Reproducción Humana asistida de baja complejidad con gametos propios en el marco de un proyecto pluriparental. Donde se expresó "Se deja constancia que tiene conocimiento de las limitaciones de los art. 558/562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, empero en atención a los antecedentes que se han dado en nuestro país, y en función de su propio proyecto pluriparental, llevarán adelante todos los trámites necesarios y acciones positivas tendientes a fin de inscribir al/la niño/a nacido/a de esta técnica, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la jurisdicción que corresponda, como hijo de M.F.C., J.C. y C.S.S. en virtud de los arts. 7, 8 de la Convención de los Derechos del niño, art. 11 de la Ley 26.061 y de los principios constitucionales-convencionales tutelados en el Cód. Civ. y Com. de la Nación al efecto".

Refieren que finalmente nace el día 24 de mayo de 2016 A., en el Hospital de Comunidad. Los tres se ocupan de la crianza de la niña, siendo esa su realidad familiar y afectiva. Funda en derecho, refiere que el art. 558 que prevé la regla de la doble filiación o el sistema binario, no excluye la posibilidad de que se reconozca la triple filiación en supuestos excepcionales como el que se solicita, el cual debe ser resuelto a la luz del plexo constitucional-convencional, cobrando especial y fundamental relevancia, el derecho a la identidad dinámica y el reconocimiento de los vínculos de afecto derivado de la voluntad procreacional.

Manifiestan que el presente caso escapa al encuadramiento tuitivo del art. 558 pues existe una madre y dos

padres que solicitan el reconocimiento jurídico de lo que son, una familia pluriparental de origen. Solicita el reconocimiento de la triple filiación de A., integrándose su apellido, en el de sus progenitores, quedando como A.C.C.S., librándose el correspondiente oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de la anotación y la rectificación de su apellido.

A fs. 98 consta resolución del Registro Provincial de las personas de fecha 27 de diciembre de 2016 del cual surge:

Se inician las presentes actuaciones en virtud de la petición de M.F.C., J.C. y C.S.S., mediante la cual solicitan la inscripción con triple filiación de la niña A., nacida el 24 de mayo del corriente en la ciudad de Mar del Plata; Que tal solicitud la formulan basándose en que la niña nació a partir de la realización de una práctica de reproducción médica asistida homóloga de baja complejidad con gametos propios en el marco de un proyecto pluriparental. Manifiesta que el art. 558 veda expresamente la posibilidad de tener más de dos vínculos filiales... por la cual Rechaza la solicitud incoada por M.F.C., J.C. y C.S.S, mediante la cual solicitan la inscripción con triple filiación de la niña A., nacida el 24 de mayo del corriente en la ciudad de Mar del Plata por los fundamentos expuestos en los considerandos de la presente.”

A fs. 101/127 Obra consentimiento informado: De fecha 5 de septiembre de 2015 de reproducción Humana Asistida de baja complejidad con gametos propios en el marco de un proyecto pluriparental efectuado por las partes y el Dr. E.A.A., Especialista en medicina Reproductiva, con firmas certificadas con fecha 15 de junio de 2016.

A fs. 130 toma intervención la Fiscalía General;

A fs. 132/3 La Sra. Asesora de Incapaces N° 1 solicita medidas, las que se ordenan a fs. 134. A fs. 135/8 la Sra. Asesora adjunta actas realizadas conforme el art. 38 de la Ley 14.442.

A fs. 142/3 obra acta de audiencia celebrada ante la suscripta.

A fs. 150/1 obra informe de la perito psicóloga del Juzgado Licenciada A.B.

A fs. 153/160 obran fotografías familiares.

A fs. 170/2 obra acta de declaración testimonial de la Sra. M.V.D.; a fs. 173/4 obra acta testimonial de la Sra. M.F.C., A fs. 175/7 obra acta de audiencia testimonial de la Sra. C.C.

A fs. 180/2 obra acta de declaración testimonial de la Sra. L.C.G.M.D.

A fs. 183/5 obra informe de la perito Trabajadora Social, Licenciada R.V.

A fs. 193 obra acta de la declaración testimonial de la Sra. M.C.M., a fs. 195, obra el acta de la declaración testimonial de la Sra. S.V.

A fs. 219/229 emite dictamen favorable la Dra. S.E.F., titular a cargo de la Asesoría de Incapaces N° 1, con respecto a la solicitud de inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, inscripción de la filiación y en el modo y orden de los apellidos conforme lo peticionado por los solicitantes.

A fs. 231/259 El Ministerio Público Fiscal considera que debe rechazarse el pedido de inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

A fs. 260 pasan los autos a dictar sentencia, el cual se encuentra firme y consentido.

Considerando:

1. Las partes actúan en representación de A.C. DNI. ..., quien fuera inscripta solo con reconocimiento materno atento a la denegatoria del Registro Civil.

A fs. 98 consta resolución del Registro Provincial de las personas de fecha 27 de diciembre de 2016 del cual surge:

Se inician las presentes actuaciones en virtud de la petición de M.F.C., J.C. y C.S.S, mediante la cual solicitan la inscripción con triple filiación de la niña A., nacida el 24 de mayo del corriente en la ciudad de Mar del Plata; Que tal solicitud la formulan basándose en que la niña nació a partir de la realización de una práctica de reproducción médica asistida homóloga de baja complejidad con gametos propios en el marco de un proyecto pluriparental. Manifiesta que el art. 558 veda expresamente la posibilidad de tener más de dos vínculos filiales... por la cual Rechaza la solicitud incoada por M.F.C., J.C. y C.S.S, mediante la cual solicitan la inscripción con triple filiación de la niña A., nacida el 24 de mayo del corriente en la ciudad de Mar del Plata por los

fundamentos expuestos en los considerandos de la presente...”

La pretensión de las partes está dirigida a obtener la inconstitucionalidad del art. 558 in fine a fin de inscribir a A. con las tres filiaciones y los tres apellidos, conforme a su voluntad procreacional.

Fundan dicho pedido en que han sometido mediante el consentimiento informado a técnicas de reproducción humana asistida, refieren que en dicho consentimiento informado consta su voluntad procreacional, donde existe un proyecto de familia el que se ha cumplido con el nacimiento de su hija y la vida familiar que hoy desempeñan, pero al pretender inscribir a su hija A., en el registro de la Personas, dicha inscripción es rechazada con fundamento en lo dispuesto por el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por lo cual los peticionantes se presentan a solicitar la inconstitucionalidad de dicha normativa, a fin de proceder a inscribir a su hija con la filiación de los peticionantes y con el apellido de los mismos. Todo lo alegado se encuentra debidamente acreditado a fs. 100, consta el rechazo por parte del Registro Provincial de las Personas A fs. 101/109 obran los consentimientos informados; Y con las pericias de fs. 150/151 y fs. 183/185.

2. Dictamen del Ministerio Público:

El Ministerio Público Fiscal, Funda la negativa al progreso de la acción entre otras cuestiones en que el proyecto familiar es anterior al nacimiento de la niña, como cualquier familia que desea tener un hijo y hace referencia a la interpretación dinámica que debe acompañar el análisis del interés superior del niño. También hace referencia a la no convivencia, y a los traumas que generan los traslados de fines de semana del niño en caso de padres divorciados, manifestando a fs. 233 último párrafo: "que el proyecto familiar planteado ya es un proyecto familiar dividido en la realización desde su origen, habida cuenta que no existe cohabitación familiar, y tampoco tuvo en cuenta sus derivaciones a futuro."

El Sr. Agente Fiscal refiere que no existe una negación al derecho de identidad, el no reconocimiento por inscripción de pluriparentalidad al tercero, teniendo otras figuras sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma. Discrepo con dicho argumento atento a que el origen de A. se debió a un proyecto pluriparental que, de no haber existido, seguramente A. tampoco, y no reconocerle su verdadera identidad sería construir su identidad, sobre cimientos no firmes, por ocultar la verdad de su origen. Al decir de la Dra. Eleonora Lamm (en Familias multiparentales. Su “blanqueo” legal como solución que mejor satisface los intereses en juego) "invisibiliza lazos que hacen a la identidad del niño".

En el ítem c) el Sr. Agente Fiscal refiere que la Protección integral de la familia, art. 14 bis de la CN, no necesariamente debe derivarse del formato de la filiación y que en este caso no hace falta una triple filiación para proteger el baremo que exige tan importante cuestión. Tampoco coincido en este aspecto, las distintas posiciones que se adoptan en una familia generan más o menos derechos y obligaciones para sus integrantes, no reconocerle a A. su verdadera identidad la posicionaría en una manera desventajosa dentro del núcleo familiar.

Disiento también de lo manifestado por el Sr. Agente Fiscal en el punto f) Pues manifiesta sobre el hecho de "querer agregar a un tercero", cuando aquí los hechos dan cuenta de que el proyecto y la familia está formado por los peticionantes en forma conjunta, no pudiendo observarse claramente cuál de ellos sería el tercero, o cual sería la filiación que desplaza a la otra. Tampoco coincido con el Sr. Agente Fiscal en su apreciación de que las TRHA no sean viables para una pareja como la de C. y J. por tener ellos capacidad biológica para procrear. En el presente caso C. y J. poseían la voluntad procreacional de ser padres, pero no querían que su hijo/a careciera de madre, por lo que unieron su voluntad procreacional con la de F., para que su hijo/a tenga dos padres y una madre, situación no prevista por el nuevo Cód. Civil quien solo contempló la posibilidad de donantes y no incluyó la posibilidad de que no exista donante sino que quien aportara su material también tenga voluntad procreacional. Considero que no resulta armónica la prohibición legal contemplada en el último párrafo del art. 558 con la totalidad del ordenamiento jurídico que incluye el matrimonio igualitario y las TRHA (art. 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación) por resulta palmario que la limitación allí contenida no pasa en el presente caso el control de constitucionalidad. Pues no existe en nuestro ordenamiento legal una prioridad entre las filiaciones por TRHA y biológica.

Invoca asimismo que la multiparentalidad posee disvaliosas consecuencias entre ellas menciona la disminución de las responsabilidades de las partes en contribución pecuniaria, menos fines de semana para cada progenitor, dificultad en la toma de decisiones, etc. Refiere que la norma cuestionada es de "orden público, coloca una severa limitación a la voluntad individual que, en el diseño del legislador, no debe confundirse con la voluntad procreacional" (ver. fs. 256 vlta.).

"Sospecho que la investigación del desarrollo mostraría que las relaciones de los niños con los adultos dependen de qué tan bien funcione el adulto, no de la estructura o el número de adultos" (University of Florida

Levin College of LawUF Law Scholarship Repository Faculty Publications Faculty Scholarship 2007Multiple Parents/ Multiple FathersNancy E. DowdUniversity of Florida Levin College of Law, dowd@law.ufl.eduFollow this and additional works at:<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub> Part of the Family Law CommonsThis Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at UF Law Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in Faculty Publications by an authorized administrator of UF Law Scholarship Repository. For more information, please contact outler@law.ufl.edu Recommended Citation Nancy E. Dowd, Multiple Parents/ Multiple Fathers, 9 J.L. & Fam. Stud. 231 (2007), available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/459>.

Estimo que conforme al art. 2 la problemática debe estudiarse examinando además de las garantías constitucionales de preservar la identidad de A, y sus relaciones familiares, con las leyes de matrimonio igualitario, la ley de identidad de género y la ley de reproducción humana asistida, las que estudiadas coherentemente llevan a la conclusión de que la norma que prohíbe la filiación múltiple no se condice con la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual incorpora lo que ha dado en llamarse “cuarta generación de los derechos humanos, en la que se ubican todo lo relacionado con la manipulación genética y el acceso y uso de las nuevas tecnologías”.

3. El Código Civil y los microsistemas jurídicos.

El Dr. Luis Ricardo Lorenzetti al referirse a la relación entre el Código y los microsistemas jurídicos refiere que el Código es el sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Expresa que la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Asimismo, se refiere al Diálogo de fuentes, diciendo: “En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (artículos 1, 2 y 3). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables. También menciona: “La construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el Proyecto, lo cual puede verificarse en numerosos aspectos... el amplio reconocimiento a los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.), el reconocimiento de mayores libertades en materia de nombre (arts. 62 y ss.), el valor otorgado a la autodeterminación con relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (561 y cc) en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51, 52, 279 y 1004) Estas normas se inscriben en una fuente tradición humanista. La familia en un contexto multicultural, dice: En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En este sentido, se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario (arts. 403 y ss)...mientras que se reconoce la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción (art. 558 y ss)... De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

El orden jerárquico de las leyes hace que nada que provenga de estamentos inferiores de la pirámide pueda alterar el sentido que los estamentos superiores imponen, en especial la Constitución Nacional, so pena de ser atacados de inconstitucionalidad.

Las normas sobre TRHA se dictan conforme a los requerimientos y circunstancias de hecho que la sociedad propone. El conflicto por ende es actual ya que se presenta en autos el hecho que de aplicarse la norma atacada, el juzgador tendría que elegir entre la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida excluyendo a una de las personas con voluntad procreacional del consentimiento informado, o declarar nulo dicho acto y aplicar la filiación por naturaleza, considero que ninguna de estas dos soluciones reflejan la realidad de A., por lo que aplicando el ordenamiento con coherencia me lleva a ver claramente que dicha elección afecta la dignidad humana no solo de A. sino de todos los peticionantes, resultando la norma arbitraria. Máxime cuando el camino recorrido por las partes atento a su voluntad procreacional fue el correcto. Sería ilógico que las técnicas de reproducción humana asistida excluyan la filiación por naturaleza cuando existe voluntad procreacional y tampoco podría limitar la filiación por técnicas de reproducción humana asistida cuando las partes han manifestado que ellos no querían tener un hijo sin madre, considero que su actitud si se quiere fue altruista en relación al derecho que los mismos tenían, conducta que el derecho en ninguna medida debe limitar. También se suma el hecho de que en los procesos en el que se involucre el derecho a la identidad el juez debe velar por la búsqueda de la verdad a fin de respetar el derecho de la niña.

3.a) Técnica de Reproducción Humana Asistida. Conforme lo Estable el Capítulo 2 del Título V del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La fuente filiación por medio de las técnicas de reproducción humana asistida en el Código de Vélez no estaba regulada y por tanto es necesario adecuar la legislación con reglas particulares a esta nueva fuente legal con fundamento en el principio de la voluntad procreacional. Ha quedado demostrado en autos que el vínculo filial está originado por medio de técnicas de reproducción humana asistida, habiendo todos los peticionantes cumplido con el otorgamiento del consentimiento informado y libre de asumir la parentalidad en un centro de salud con carácter previo al nacimiento

El Cód. Civ. y Com. de la Nación incorporó este tercer tipo de filiación: por reproducción humana asistida, conducida por el principio de la voluntad procreacional. Cód. Civ. y Com. de la Nación, aprobado por Ley 26.994, en su art. 558 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se admite, así, una nueva fuente de filiación, las TRHA, que el nuevo código equipara a las ya reconocidas en la legislación anterior.

La filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales. Con lo cual la fuente de filiación se configuraría como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional.

3.b) Voluntad Procreacional

El art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos o embriones".

En los términos de los artículos 560 el "Consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida" y el art. 561 establece la forma y requisitos de ese consentimiento, de la siguiente manera:

"La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

Los Dres. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso como directores del Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado, sobre al artículo 561 establecen: "Como lo dispone el artículo 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el consentimiento debe ser, en primer lugar, formal. Esta formalidad se explicita en el artículo en comentario y en la ley especial que se dicte al respecto. Sucede que el Cód. Civ. y Com. de la Nación le incumbe regular lo relativo a la filiación, y todo aquello que involucre otras cuestiones que interesan a las técnicas de reproducción asistida deben formar parte de una ley integral que se ocupe, entre otros temas, de la cuestión más operativa, referida al consentimiento informado (contenido de los modelos de consentimiento informado, requisitos mínimos que deberían contener, resguardo y acceso a ellos, etc.). Más allá de eso, el Cód. Civ. y Com. de la Nación brinda los elementos básicos que debe contener el consentimiento previo, informado y libre a las TRHA, con el objetivo de que, si no se cuenta con la ley especial al momento de entrada en vigencia de la legislación civil y comercial, se pueda contar con una regulación mínima sobre uno de los elementos centrales de la determinación filial cuando se trata de TRHA", p. 288".

El Cód. Civ. y Com. de la Nación agrega que la instrumentación del consentimiento no consiste solo en que sea otorgado o se plasme por escrito, sino que también sea protocolizado ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. En este sentido, el Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación —y sus pares en los ámbitos locales—, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862, sería el organismo encargado de organizar cómo sería la protocolización que dispone la norma en análisis. De este modo, el Cód. Civ. y Com. de la Nación da cumplimiento a una de sus tantas finalidades como lo es la protección del más débil, por ello no prevé sólo la protocolización mediante escribano público, con el costo económico que ello significa, sino también la posibilidad de que una autoridad sanitaria estatal dé fe pública del consentimiento a las TRHA". (p. 289).

Es así que toda persona que se someta a TRHA debe prestar el consentimiento debidamente protocolizado e inscripto en el registro civil, de esa manera hace generar vínculo filiar con esta, haya aportado o no material genético. El Cód. Civ. y Com. de la Nación reconoce a las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filiar; en consonancia con ello, regula las reglas, principios y situaciones propias de esa nueva causa fuente filial.

Quién o quiénes son progenitores del hijo, que nace producto de esta práctica médica y por la cual tantísimos niños han podido nacer? Los que prestaron el consentimiento que debe ser realizado en forma previa al sometimiento a las técnicas, ser formal de conformidad con los requisitos que establece el Cód. Civ. y Com. de la Nación y libre, como elemento esencial de la voluntad que se plasma a través del correspondiente consentimiento.

La solicitud de inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, principio general de todas las formas de filiación que establece: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Siendo el mismo un principio o máxima del derecho filial contenido también en el art. 578 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Si bien las técnicas de reproducción humana asistida involucran situaciones fácticas y jurídicas muy diferentes a las de los otros dos tipos filiales, este artículo las iguala, de manera tal que una vez inscripto el niño o niña en el registro correspondiente, su situación no varía a la de cualquier otro niño, contando con el límite de dos vínculos filiales. Lo que no se tuvo en cuenta en esta limitación es el hecho en que con las TRHA a veces es necesario recurrir a un tercero y puede darse el caso como el de autos en que las tres personas tengan voluntad procreacional.

En las TRHA disocia el elemento biológico y el volitivo, cobrando primacía éste, para lo cual se fijan parámetros para que dicho consentimiento sea válido, ser renovado ante cada transferencia de embriones o material genético, incluye cambios en las decisiones que no pueden darse en la filiación por naturaleza, en los casos de THRA se prioriza la voluntad procreacional de los comitentes o de quienes quieren ser padres.

O sea que como consecuencia de las TRHA, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria (...) En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último (...) En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser "parent" (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido ". (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Marisa y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filiar en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", en Revista Derecho Privado, 2012, Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p. 3).

4. Las disposiciones especiales: El art. 2, decreto 956/2013, Ley 26.862 define que son las técnicas de reproducción humana asistida, tanto las de alta como las de baja complejidad: “Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...”.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone, de manera expresa, que el consentimiento debe recabarse en el centro de salud interviniente, es decir, en el establecimiento médico especializado debidamente inscripto, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 que crea un registro (arts. 4 y 5).

Este registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida funciona en el ámbito del REFES (Registro Federal de Establecimiento de Salud) del Ministerio de Salud de la Nación (art. 4, decreto 956/2013)

5. Formas y requisitos del consentimiento: La instrumentación del consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. (art. 561 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). La voluntad procreacional es el deseo y la intención de crear una nueva vida, la cual recibe protección del ordenamiento jurídico, tutelando a la persona en su decisión de tener un hijo.

En efecto, conforme a las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la mujer gestante es considerada la madre, en tanto los niños nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, es decir de quien ha demostrado su vocación procreacional, en este caso existe una madre y dos padres, como expresan los peticionantes.

La responsabilidad procreacional, surge del hecho de la procreación ya sea natural o asistida y de las consecuencias que este hecho origina.

En la causa N.,N.O s/ Inscripción de Nacimiento, comentado por Verónica A. Castro del Juzgado Civil 83, en la ciudad de Buenos Aires a los 25 días del junio de 2015. expresó: "La reproducción humana asistida en sus distintas formas, representa un acto jurídico, para el cual será necesario el acuerdo de voluntades de las partes sobre el objeto que pretenden, aceptando las consecuencias que se producirán por tal motivo.

La libre elección de toda persona de ser padre o madre, y acudir a los tratamientos médicos que le permitan procrear debe partir de una base afirmativa, pues el consentimiento de cada uno de ellos integra el ámbito de reserva y privacidad de las acciones personales de todo hombre o mujer receptado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

No se han alegado y probado en el presente caso la existencia las cuestiones que justifiquen la lesión al libre derecho de procrear, principio de raigambre constitucional, (artículos 17; 19 y preámbulo de la Constitución Nacional).

El fundamento del consentimiento informado y libre, derecho personalismo del paciente, tiene por basamento el aceptar o rechazar los actos propuestos por el médico. Los pacientes deberán estar convenientemente informados antes de tomar una decisión; involucrando además el "derecho a la verdad" sobre el tratamiento al que se someterá, que forma parte de esa relación contractual que se establece desde el momento en el que se inicia". Continúa diciendo: "No podemos dejar de resaltar que toda vida debe ser vivida dignamente, entendiéndose por dignidad "el derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad y personalidad".

En la actualidad, la ley 26.862, en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (F.I.V) c. Costa Rica", garantizaría el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Los tratados de derechos humanos deben interpretarse de manera evolutiva conforme lo establecen las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano." (Opinión Consultiva OC-16/99 sobre El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999, párr. 114; en igual sentido, Caso Cantoral Benavides, párr. 99; y Caso Blake. Interpretación de la Sentencia sobre Reparaciones (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 1 de octubre de 1999, párr. 21; Masacre de Mapiripán, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr.106)

6. El Derecho de identidad: El derecho a la identidad es un derecho subjetivo extrapatrimonial, personalísimo, o de la personalidad, son definidos por Llambías como "los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad".

Según Orgaz, los derechos personalismos no constituyen derechos subjetivos sino presupuestos jurídicos de la personalidad, Quien piensa que falta en ellos un deber jurídico en correspondencia a la prerrogativa del titular no siendo susceptibles de adquisición, modificación, transferencia o extinción. Los caracteres de estos derechos personalismos son: que son innatos: corresponden a su titular desde el origen; Vitalicios: acompañan al titular durante toda la vida; Inalienables: no son susceptibles de enajenación por ningún título; Imprescriptibles: no los alcanza el efecto del tiempo que no provoca su pérdida aun ante el abandono del titular; Absolutos: se ejercen "erga omnes", es decir, contra todos quienes pretenda vulnerarlos.

El derecho descansa en tres valores fundamentales: la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona, no permitiendo su análisis si no se parte del derecho a la vida, puesto que se trata del derecho básico y rector que la persona posee, vinculándose con la autonomía, consistiendo esta última en la posibilidad de tomar decisiones propias en las distintas áreas de la vida. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse siempre el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3° de la CDN.

El Derecho a la identidad personal: es el derecho que tiene toda persona a "ser ella misma" y a que no se distorsione su imagen frente a los demás. Entendemos por identidad personal al conjunto de atributos y

características que permiten individualizar a una persona en sociedad, es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Los atributos y características que en su totalidad definen la persona que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos y dinámicos. Los primeros, son aquellos que nos permiten identificar primariamente a una persona., como son la imagen del sujeto y su nombre. Los segundos, se configuran con el conjunto de pensamientos, ideologías, creencias y comportamientos vinculados a cada persona.

En autos se encuentra involucrado el derecho a la identidad de A., derecho reconocido por la Convención sobre los Derechos del niño en su art. 7. Toda valla que se ponga en el camino, ante la necesidad de conocer quienes han sido los autores de su gestación, podría traducirse en una situación traumática —Francoise Dolto—, en su obra “Los niños y su derecho a la verdad”, refiere la importancia de “decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero sí se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse. (Donf. “Los Derechos del Niño en la Familia-Discurso y Realidad” Dirección de Cедilia Grosman —Editorial Universal - Ed. 1998).

Estamos ante un proyecto parental conjunto, no pudiendo quien suscribe "elegir" cuáles dos serán jurídicamente sus padres, que filiación es más fuerte que la otra, por TRHA o biológica, resulta ilógico que la filiación por TRHA excluyan a la filiación biológica en contra de lo solicitado por las partes, cualquier decisión en ese sentido violaría el derecho a la identidad de A.

De todos los derechos, es el del niño el que cobra primacía, a cuyo respecto debe valorarse también, que la posible repercusión negativa psicofísica y hasta social que conlleva una indeterminación de sus vínculos filiales, se minimizan en la corta edad, pero se incrementan al compás de la madurez del niño" recordándose: "El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los "otros" de respetar la "verdad personal" y la historia que cada cual proyecta..." (CNCiv., sala K,"G.,C.R. c. C.,P.E., del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970)".

La pauta del "interés superior del niño" y los distintos derechos que lo integran —como el derecho a la verdad biológica o el derecho a conocer su propia historia—, deben ser considerados por el intérprete como primera referencia en la aplicación del Derecho al caso concreto, como lógica derivación del principio de supremacía (art. 31, Constitución Nacional), sin dejar de armonizarse con las demás pautas hermenéuticas. (Del voto de los doctores Dalla Vía y Arroyo).

Las normas constitucionales de fuente internacional consagran la unidad de la filiación desde la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y se ha reiterado en convenciones y tratados internacionales desde entonces. Las disposiciones relativas al mismo en los documentos internacionales forman parte de la Constitución Nacional reformada en 1994. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al explayarse sobre los alcances de la protección debida a los derechos que consagra, rehúsa cualquier distinción por razón del nacimiento (art. 2.1), e insiste en ello al considerar en particular el derecho del niño a la protección que requiere dada su condición de menor de edad (art. 24) y al referirse a la igualdad (art. 26). En cierto modo avanza sobre el conocimiento del derecho a la identidad al disponer que todo niño debe ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre (art. 24.2). La Convención sobre los Derechos del Niño va más allá del principio básico de la igualdad en cuanto a la filiación. El art. 7° dice: Que tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por "ellos". El art. 8° enuncia el compromiso de los estados firmantes de respetar el derecho del niño a la preservación de su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares conforme a la ley sin injerencias ilícitas y puntualiza que los estados deberán prestar asistencia y protección apropiadas cuando el niño sea privado legalmente de alguno de los elementos de su identidad con miras a restablecerla rápidamente.

Siendo como está reconocido —que el niño desde su primer grito al nacer—, ya posee antecedentes, pasado, historia, una herencia familiar, social y cultural que lo distingue de otros, el acceso a la vida jurídica debe traducir una identificación (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional). Siguiendo esa lógica el Cód. Civ. y Com. de la Nación incluye el art. 583 del cual se ha dicho que el mismo opera pues el derecho a la identidad y el derecho a la integración jurídico-familiar del niño no se encontrarán debidamente satisfechos hasta tanto no se agoten los medios para que se efectivice el emplazamiento correcto. El artículo se refiere a la determinación de la paternidad legal, el correcto emplazamiento identitario a fin de brindarle al niño desde el plano jurídico los efectos de las relaciones jurídico-familiares tendientes a la satisfacción de sus derechos esenciales a partir de la responsabilidad parental y del parentesco (art. 641, 676 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Todo el sistema de protección de los derechos del niño y adolescente busca la preservación de sus vínculos

familiares como objetivo prioritario (arts. 3º, 9º y 18 de la CDN; arts. 3º, inc. c, y 7º de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes 26.061).

"Coherente con la idea sobre la fuerza del derecho a la identidad en un determinado contexto histórico-político-cultural, la doctrina y la jurisprudencia argentina ha observado el desprendimiento de otra cantidad de derechos, que habrían adquirido autonomía o peso propio, justamente, por impulso del derecho a la identidad. Veamos, en la actualidad no se duda que el derecho del nombre, el derecho a tener filiación, el derecho a la preservación de los vínculos familiares, el derecho a la inscripción, el derecho a la documentación y el derecho a conocer los orígenes, constituyen derechos que se desprenden o derivan de modo directo del derecho a la identidad", Cfr. Herrera, Marisa, *Que es del acogimiento familiar a la luz del derecho a la identidad?*, en *Una mirada latinoamericana al Acogimiento Familiar*, Matilde Luna (coordinadora), Buenos Aires, Lumen Humanitas, 2009, ps. 139 y ss."

"El actual concepto de derecho a la identidad como interés existencial digno de tutela jurídica, presupone un deber de los "otros" de respetar la "verdad personal" y la historia que cada cual proyecta..." (CNCiv., sala, "G.,C.R. c. C.,P.E.", del 23/09/2003, en LA LEY 2004-B-970)".

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales que debe reconocerse al ser humano. Se lo considera como prioritario, esencial, ya que sin él se ven menoscabados otros derechos fundamentales que han sido reconocidos por los juristas en el último siglo. Se deriva de la dignidad inherente al ser humano, perteneciéndole a todas las personas sin discriminación, estando en manos del Estado la obligación de garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo.

Así, de hecho, lo ha entendido la SCBA: "Es la propia sociedad la que ha encargado al Estado tanto nacional como provincial la adopción de expresas y efectivas acciones positivas tendientes a determinar la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, y en especial, de los niños". 1 Se trata de un derecho humano complejo, que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido "como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso"

Afirma así mismo que "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez".

El derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior, prevalece sobre otros intereses jurídicos, ya sean, terceros, sus padres o el mismo Estado. Nuestra Constitución Nacional de 1853 contuvo disposiciones protectoras del derecho a la identidad. La cláusula de garantía del art. 33 lo reconoce implícitamente; y en el art. 75, sus inc. 17 y 19 consagran la importancia de respetar la identidad cultural de las provincias y de los pueblos indígenas. Sin embargo, es en la reforma de 1994 que se introducen elementos trascendentales para la protección este derecho. Allí, se lo recepta explícitamente en el art. 75 inc. 22 CN a través de diversos instrumentos internacionales incluidos y dotados, por tanto, de jerarquía constitucional, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño. Éste último es el mayor referente de protección. En su art. 8, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece expresamente: "Los Estados Partes, se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". Consagra, además, el principio del interés superior del niño. Así, su art. 3, inc. 1 establece que "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". (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "F. S. B. c. G. G. D. s/ Filiación" - 27/08/2008. 2 Corte Internacional de Derechos Humanos, "Gelman c. Uruguay", 24 de Febrero de 2011, N° 122. 3 Corte Internacional de Derechos Humanos, "Fornerón e Hija c. Argentina", 27 de Abril de 2012. Caso N° 242)

Este principio garantista es un eje fundamental en nuestro sistema legal. "Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina y jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo aplica reiteradamente, [...] con el alcance prescripto en el derecho positivo,

particularmente por imperio de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra expresamente" La introducción de los textos de los derechos humanos, sociales y culturales indudablemente amplía en mucho el espectro de la protección del derecho a la identidad. Tal como se ha sostenido, "la Convención de los Derechos del Niño, no sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango suprallegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994 (art. 75 inc. 22), por lo que no puede invocarse ninguna norma de derecho interno que eventualmente contradiga lo allí establecido (art. 27, Conv. de Viena). Desde esa perspectiva parece baladí reiterar que dicho documento internacional confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8)". La identidad del niño equivale a un derecho que acompaña a la persona en todas sus etapas de vida y que no se limita a un mínimo de edad.

7. Los fines de la norma:

El art. 2 establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El artículo contiene siete reglas, cuatro de las cuales ya se hallaban presentes en el anterior ordenamiento: Las palabras de la ley, sus finalidades (que en el antiguo Código se conoce como "el espíritu de la ley"), las normas análogas; Los espíritus jurídicos. Asimismo, introduce tres novedosas reglas:

- e) Las disposiciones que surgen de los tratados sobre Derechos Humanos;
- f) Los valores jurídicos
- g) La consideración del ordenamiento "de modo coherente".

Según Llambías, hay abuso de derecho cuando se ejerce contrariando el objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado. Las partes en autos han elegido el modo de filiación que correspondía conforme a su planificación familiar, lo que descarta un ejercicio abusivo del derecho..

Conforme al art. 1 y 2 vemos que el derecho a la identidad es un derecho subjetivo personalísimo y por ende absoluto, Convenciones, Constitución Prov. Nacional y teniendo en cuenta la finalidad de la norma TRHA la solución al caso no puede ser más que inclusiva.

Considero que la finalidad del art. 558 in fine es la protección del donante que no posee voluntad procreacional a ser demandado por filiación. Situación que no se da en el caso en estudio. Por ende dicha normativa no resulta aplicable al caso debiendo en consecuencia declarar su inconstitucionalidad para el presente juicio.

El nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, bajo la influencia de los paradigmas de igualdad, no discriminación, protectorios, recepta nociones que influyen en la familia, en un contexto multicultural. Incorpora de esta manera normas relativas al matrimonio igualitario, las uniones convivenciales, se reconoce junto a la filiación por naturaleza, la realizada por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Reconociendo el cambio de la noción de familia en virtud de distintos factores socio culturales que ha atravesado la sociedad, padre afín, etc.

La función que debe cumplir la familia, es de protección, de cuidados, abarcando aspectos materiales y afectivos. Al no legislarse sobre gestación solidaria o por sustitución, también podría inferirse que el modo de la aplicación de las TRHA en parejas de igual sexo, sea casi de manera exclusiva la que llevaron a cabo las partes de estos autos, a fin de no ser tratados de una forma discriminatoria en el derecho al acceso a este tipo de filiación. Sin perjuicio de que a la fecha existen ya varios fallos que admiten la gestación solidaria.

8. Derecho a formar una familia.

La familia "...es la institución social más importante, es anterior al orden jurídico y éste debe encaminarse a lograr su desarrollo pleno. Después del individuo en particular, la familia es el fin primordial de la actividad del Estado..." (Chávez Hernández, Efrén, "La protección constitucional de la familia, Una aproximación a las constituciones latinoamericanas", en www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia). La preocupación de los Estados por proteger esta institución ha quedado plasmada en los Tratados Internacionales que en nuestro ordenamiento cuentan con rango constitucional (conf. art. 14 bis y 75, incs. 19 y 22, C.N., art. 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El derecho a constituir una familia se encuentra a su vez consagrado en el art. 4to. de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre y en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se sostiene 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". Añade en su art. 5 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..." (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En la actualidad, con relación al contenido y alcance de la responsabilidad parental, los juristas entienden: "Lo cierto es que, hoy, el derecho de familia pone el acento a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares y hace incapié en la vida íntima familiar y el desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad, art. 5° CDN que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres y, más aun en el ámbito nacional, el art. 7° de la ley 26.061, nos refiere a la "responsabilidad familiar" (Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia - Una Mirada crítica y contemporánea - Directoras: Marisa Graham y Marisa Herrera - Infojus - 1° edición, julio 2014, p. 134/135).

Todo niño necesita primordialmente seguridad y esta palabra resume en la práctica el conjunto de condiciones que resultan necesarias para una buena evolución afectiva.

Resulta altamente significativo lo relatado por la Lic. B. a fs. 150/151 en su informe psicológico, el cual remarca la Sra. Asesora a fs. 221, "... se los observa emocionalmente comprometidos en su rol parental;... poseen capacidad reflexiva al momento de plantearse las repercusiones que pueda tener para la vida de la niña las decisiones de los adultos referentes; esta capacidad parental se evidencia presente en las tres personas entrevistadas, junto con otras, como la función nutritiva y normativa y la empatía". "En cuanto a la niña, el presente diseño familiar, al momento resulta favorecedor de su crecimiento (...) se observa interacción afectiva con sus padres. Por la dinámica que el grupo familiar plantea, no parece posible la existencia de un impacto en alguna etapa vital en particular de la niña, ya que se trata de un estilo familiar que la sitúa y la aloja desde mucho antes de su nacimiento. Es decir A. crece en un entorno pensado para su existencia, en el marco de un proyecto familiar en el que ocupa un lugar como hija. No es para ella un secreto a develar en una oportunidad puntual. Es decir, no hay trauma posible".

Del informe ambiental, obrante a fs. 183/184 surge: "...A. ha nacido en un contexto familiar positivo desde un aspecto familiar, socio afectivo, cultural y educativo en el que la "familia" es vista como una construcción social dinámica en un contexto macro plural y diverso. Hacia el interior del grupo familiar el cuidado de A. se redistribuye de manera equitativa sin distinción de género lo que hace visible la solidaridad y el respeto mutuo y el desarrollo de A. mediante un vínculo estable —seguro— que ante el observador pone en evidencia el alto grado de responsabilidad asumido por los tres adultos en cuanto al ejercicio..."

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nro. 7, señala que "familia" se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. Reconoce la CDN en los arts. 5, 18, 19, el respeto de los derechos y deberes de los padres (de ambos padres), los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirles la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución de sus facultades; todo ello, conforme su interés superior. Pero también el Comité observa "... que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños..."

Tanto la CDN y el Comité, no reconocen un único modelo de familia.

La Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece en su artículo 7 que "...La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones..."

Pero en el Decreto N° 415/2006, reglamentación de la Ley N° 26.061, respecto del art. 7, se establece una noción amplia de familia: "... Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario" y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas

vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescentes, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...”.

Vemos entonces, como se incorporan otros actores, desde la primigenia noción de “familia” resignificándola, dando paso a nuevas formas de vinculación sociales que brindan al niño, como sujeto vulnerable, la protección que le es debida.

Es con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional, (art. 75 inc. 22) que la familia adquiere una relevancia en cuanto a su protección desde el llamado “bloque de constitucionalidad”, comprendiendo el amparo no sólo de la familia matrimonial, sino también las diversas configuraciones familiares, con funciones de reproducción biológica y social, sostén afectivo, cooperación económica y apoyo al desarrollo personal de sus integrantes. Según Grosman, el principio de protección familiar lleva en su seno el respeto por la diversidad familiar, nacida de los cambios acaecidos en nuestra formación económica-social.

Gabriel Yuba expresa en (El derecho del niño a crecer en el seno de la familia ¿ De qué familia?) " Advertimos distintas modalidades familiares y desde un enfoque de derechos humanos, no se privilegia un modo de familia sobre otro, estando presente un elemento común: la solidaridad familiar, que contribuye al fortalecimiento de los vínculos, la protección de sus integrantes, la promoción de los derechos de los más débiles, los más vulnerables".

Respecto de los derechos humanos de A. a tener igual trato y ser cuidada, ha de tenerse presente que toda decisión o disposición (ya sea del sector privado, la administración pública o de la magistratura) que restrinja la posibilidad de niña/os de gozar del cuidado de sus progenitores constituye una violación a su interés superior y a sus derechos humanos, y por tanto compromete la responsabilidad internacional de los Estado.

El cuidado y la igual protección ante la ley de niña/os halla sustento en la Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 7 “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley [y] contra toda discriminación” y 25.2 “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños (.) tiene derecho a igual protección social”;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 2 “Cada uno de los Estados. se compromete a respetar y garantizar. sin distinción alguna” y art. 24.1 “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna. a las medidas de protección que su condición de menor requieren”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 2 “cada uno de los Estados partes. se compromete a adoptar medidas. para lograr progresivamente. la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (.) [y] a garantizar el ejercicio. Sin discriminación alguna” y art. 10.3 “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna”; 4) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: art. II “todas las personas son iguales ante la ley” y art. VII “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales”;

Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 1 “respetar y garantizar sin discriminación alguna” y “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley” y art. 19 “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: arts. 3, 5, 7 y 23.

8. Emplazamiento en estado de hijo

El emplazamiento en el estado de hijo y correlativamente en el estado de padre, genera un conjunto de derechos y obligaciones, un compromiso de por vida, que incluye el apoyo económico, nutrición adecuada, amor filial, un linaje, etc. Uno de los lineamientos en materia de familia es que la misma es Inalienable, junto con los principios constitucionales del interés superior del niño a la determinación de su identidad. del estado de familia

La Dra. Nora Lloveras dice al respecto "...la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como las transmisiones de ella —los progenitores o padres— y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento", y agrega "...El derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre a saber lo que fue antes de él, de dónde surge la vida, qué lo precedió generacionalmente en lo biológico como en lo social, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible..."

("Nuevo régimen de la adopción ley 24.779", ps. 256 y 252, respectivamente). Este derecho a la identidad en su faz estática lleva ínsito el derecho inalienable a saber, a conocer y a investigar nuestra verdad biológica.

El Estado Nacional, y en el mismo sentido los Estados provinciales, han asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación (arg. arts. 1º, 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23, y concs. de la Constitución nacional; 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 18, 41, 44 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6º, 16, 29 y concs. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3º, 17, 18, 19, 32 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 16, 23, 24, 26 y concs. del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs. del Pacto Internacional por los derechos Económicos, Sociales y Culturales; 253, 255 y concs. del Cód. Civil; 1º, 2º, 3º, 5º, 11 y concs. ley 26.061; 1º, 4º y concs. de la ley 23.511; 1º, 12, 15, 36 y concs. de la Constitución provincial; etc.).

Razones de profundo respeto por la personalidad humana son las que enaltecen la función estatal dirigida a la identificación y determinación del origen filiatorio de las personas. Tanto el interés particular de los involucrados como el familiar y el social así lo exigen; derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos, de investigar los lazos filiatorios cuando éstos son desconocidos, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento (arg. arts. 11, 33y ss., ley 26.061).

La violación de este deber estatal, que constituye una de las bases de la organización social, puede generar severos perjuicios a los sujetos involucrados, de modo que la tutela estatal de la identidad de origen de los individuos, como bien jurídico protegido, resulta asimismo exigible con el objeto de asegurar las responsabilidades de los progenitores. Si bien en la base de un juicio de filiación se observa un conflicto privado, al mismo tiempo se yergue un conflicto social, pues al lado del derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad, interesa a la sociedad asegurar la responsabilidad procreacional (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "LA LEY", 1992-B-1193 y ss.).

9. Por otro lado, respecto de la alta función que este poder estatal ha sido llamado a cumplir como partícipe imparcial, independiente, y garante del afianzamiento de la paz social, la necesaria búsqueda de la verdad jurídica objetiva y real en cada caso, regla favor veritatis contenida en el Código de rito, que trasunta la obligación de todos los jueces, aún sin requerimiento de parte, de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); deber genérico del magistrado que aparece potenciado cuando de filiación se trata.

La responsabilidad social de garantizar al niño el derecho a conocer su origen moldea las aspiraciones de la justicia del caso, la que ya no se satisface ni a la cual le basta con llegar a una verdad jurídica de acuerdo con las pruebas aportadas por los litigantes, sino que va más allá al buscar la verdad objetiva: la existencia o no de nexos filial (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos "Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", "LA LEY", 1992-B-1193 y ss.).

Nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad (conf. C.S.J.N., voto en disidencia del doctor Fayt, in re 'Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'Muller, Jorge s/ denuncia'', Fallos: 313:1139).

El Estado debe asegurar la eficacia del derecho a la identidad y a la documentación adecuada del niño, desde la etapa más temprana posible de su infancia, ese es el sentido del art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Pues el derecho a la identidad y el derecho a la integración jurídico-familiar se satisfacen cuando el plano jurídico refleja los efectos de las relaciones jurídico-familiares tendientes a la satisfacción de sus derechos esenciales a partir de la responsabilidad parental y del parentesco (art. 641 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

10. La verdad: Ningún derecho objetivo puede tener cimientos en el ocultamiento de la verdad.

El derecho surge como producto de la vida social y como creación del espíritu humano, sirviendo a los hombres al gobernar sus actos y dirigirlos al fin supremo, es decir, a la realización del bien común. (Principios al Estudio del Derecho Civil, parte general. Hugo Raúl Felicetti 2da. Edición).

Llambías adhiere a la tesis de Renard estableciendo que el derecho es el orden social justo. El ordenamiento de la vida social, que es la única manera de que exista la vida humana, es el derecho.

Pero, para que el derecho sea verdaderamente tal y no una fachada externa, el orden impuesto ha de ser

justo, es decir “ajustado” a las características de lo ordenado, que es la conducta humana. Como el conocimiento es la adecuación de la cosa al intelecto del agente, el derecho es la adecuación de la vida a la regla que le es propia. Se debe descubrir cuál es la regla que se adapta a las exigencias propias de la vida humana y a la dignidad de sus fines, con lo cual se reconoce por la idea de que la norma sirve. (Felicetti. obra citada, p. 25). El nuevo código mantiene la inclusión de valores como lo hacía el anterior Código (buenas costumbres, buena fé, el buen padre de familia, etc.)

11. A la par de los señalados e ineludibles intereses y deberes estatales, se erige el propio interés del o los sujetos que reclaman la actuación jurisdiccional en la determinación de la concreta identidad de origen.

La Corte Suprema de la Nación también tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 292:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484, 1149; 311:394; 312:122, 435; entre muchos otros), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la compatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322; entre otros).

Así, el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna (CSJN, in re "H.G.S. y otro s/ Apelación de medidas probatorias", de fecha 04/12/1995, en "El Derecho", 168-453, consid. 13); así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23, Constitución nacional; 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 30 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales); también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (ley 26.061; 1°, 4° y concs.).

La dignidad de la persona está en juego, porque la específica "vida personal" es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad (conf. C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'Muller, Jorge s/ Denuncia'", Fallos: 313:1143).

No se trata de preservar una identidad formal o simbólica del individuo. El origen condiciona su personalidad, y conocer sobre el mismo permite afincar en dicha base el crecimiento y la estructuración del psiquismo del individuo. Se trata de poder conocer su propia génesis, su procedencia, su aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (CSJN, voto doctor Petracchi, en disidencia, in re "Recurso de Queja por apelación denegada en causa 'Muller, Jorge s/ denuncia'", Fallos: 313:1143).

12. Control de convencionalidad:

Desde la doctrina, se expresa, que el bloque de constitucionalidad puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que no forman parte del texto de la Constitución, sino que permanecen fuera de él compartiendo con aquél su misma supremacía y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. Los derechos humanos, desde el bloque de constitucionalidad, se presentan como preceptos vivos de la carta magna y tanto su texto como los principios rectores que los inspiran deben ser integrados en forma axiológica, normativa e interactuada con los demás derechos que se enuncian en la parte dogmática de nuestra ley fundamental...". Lloveras, N. y Salomón M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Provincia de Buenos Aires, marzo 2009, p.38.

Con la incorporación de determinados tratados de derechos humanos, en el art. 75 inc. 22, esos instrumentos internacionales tienen hoy rango constitucional, integran el derecho interno del Estado: son parte de él.

Nuestro poder judicial tiene sus bases en el sistema anglosajón con control de constitucionalidad, nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, con alcance solo inter partes, provoca la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación atento a violar el derecho a la vida privada y familiar, el derecho de formar una familia, el interés

superior del niño, el principio de autonomía en materia reproductiva, el respeto a la voluntad procreacional y el reconocimiento de la verdad a fin de receptor jurídicamente una realidad, la pluriparental, por fuera de la regla binaria debido a que el tercero no es donante sino que tiene también voluntad procreacional.

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires los días 1, 2 y 3 de octubre de 2015, en la comisión nro. 6 sobre "Familia" se abordó de manera concreta la cuestión de la pluriparentalidad de manera favorable Conforme el Despacho de Mayoría surgido del debate en la comisión N° 6 de Familia. (<http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>), en los casos de pluriparentalidad, teniendo en cuenta nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, con alcance o efecto solo inter partes, será necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Atento a violar el derecho a la vida privada y familiar, el derecho de fundar una familia, el interés superior del niño, el principio de autonomía en materia reproductiva, el respeto a la voluntad procreacional y el reconocimiento de la realidad socio afectiva que se vincula directamente, con el respeto a la identidad en su faz dinámica.

Debe tenerse especialmente en cuenta lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo contra Chile" del 24/02/2012, cuando de manera elocuente destacó que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma", Considero que la incorporación a nuestro Código de la filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que incorpora el elemento volitivo como tercer fuente filiar abre la puerta al supuesto de autos, no reconocerlo, es quedarse a medio camino, violando el derecho de fundar una familia de una manera si se quiere más beneficiosa, ya que se le está respetando la realidad a la principal protagonista que es A.

En efecto el último párrafo del art. 558 excluye la posibilidad de tener más de dos vínculos filiales por lo que la cuestión debe resolverse mediante su declaración de inconstitucionalidad cuya remoción deja sin efecto la norma injusta por ser inaplicable por inconstitucional, es decir incompatible con la Carta Magna (arts. 1, 2, 3, 51, 52, 62, 64, 279, 560, 561, 562 Cód. Civ. y Com. de la Nación.).

13. Antecedentes: En la Argentina reconoció durante el 2015, en dos oportunidades y en el ámbito registral, la triple filiación. Ambas comprometen una familia homoparental compuesta por dos mujeres y un niño nacido por una TRHA de inseminación intrauterina con el aporte de material genético de un amigo de la pareja, cuya voluntad inicial era ser progenitor.

Estas características comunes permiten observar que las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y socioafectividad. La primera refiere al acto volitivo, decisorio y autónomo encaminado por el deseo de ser progenitor, causa fuente de la filiación por TRHA, mientras que la segunda alude a la conjunción de lo social y lo afectivo, la cual emerge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales.

Tal como lo expresa la Sra. Asesora a fs. 226 vlta.: "Como bien lo manifestaron los postulantes al demandar, en nuestra provincia de Buenos Aires ya tuvo lugar un antecedente en que el propio Registro de las Personas de manera directa en la esfera administrativa recibió un pedido de inscripción de triple vínculo filiar en un caso de aristas muy similares al presente. En dicho caso, cuya Resolución lleva fecha 22/04/2015, el Registro Provincial recurrió, para acoger la petición, a argumentos de carácter constitucional —art. 19 CN; 7 y 8 CDN; 18 CADH; 12 Constitución bonaerense— y a las disposiciones de la ley 26.061, en especial su art. 11 que impone al Estado el aseguramiento de la identificación adecuada de niños y niñas. No alteró la decisión registral lo dispuesto por el entonces vigente art. 250 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, hoy derogado, que también contenía y estaba ínsito en toda la estructura del derecho filiar, la regla del doble vínculo: no procede el reconocimiento de un niño si previamente no ha sido desplazado el vínculo anterior que resulte incompatible. Al respecto entonces el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no ha traído "una regla nueva", sino que solo ha reiterado la tésis preexistente en la regulación derogada y bajo cuya órbita el Registro provincial acogió una petición similar a la presente".

14. Interés superior de A.

Según Grosman, "...Si realmente estamos dispuestos a pensar en el interés del niño, por encima de los preconceptos, prejuicios y supuestos subyacentes que corren por las arterias de nuestra sociedad, es imprescindible valorar si la adopción es o no beneficiosa para el niño frente a cada historia que es rica, tiene su propia identidad y porvenir. Lo que es bueno para uno puede no serlo para otro. Se lesiona el principio de justicia al clausurar caminos que desmoronen la razón primordial de la decisión judicial: cuidar de la persona

del niño, lo que se identifica con la atención de sus necesidades vitales" (Cecilia P. Grosman, Los tiempos de hoy y los de ayer, formas de familia y las demandas de adopción en Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 27, LexisNexis-Abeledo Perrot, p.52).

No consta en autos que los peticionantes tengan hijos propios anteriores a A., por ende lo peticionado no viola derechos de terceros.

En el caso de autos, el interés superior de A. es: lograr la identidad plena y verdadera (Observación General N° 14).

15. Apellido de la niña:

Desde el momento mismo del nacimiento, el niño, niña o adolescente tiene derecho a un nombre y a construir su identidad tanto en su faz estática (realidad biológica/origen) como en la faz dinámica (la que se construye de la permanente interacción del niño con el medio familiar y social).

"El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. (...) La identidad no es sólo uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino aquel que representa la individualidad de cada uno y la potencialidad de desarrollarnos como personas y como parte de un grupo social, de aprovechar todas las capacidades y aptitudes naturales y adquiridas, así como gozar y ejercer las libertades y los derechos que el orden jurídico nos reconoce u otorga" (Registro de Nacimiento Universal y Derecho a la identidad. Presentación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el IV. encuentro de directores del Registro Civil, identificación y Estadísticas Vitales, celebrado en México, del 29 de julio al 4 de agosto de 2007).

El derecho a la identidad y al nombre como parte integrante del mismo encuentra protección legal en los arts. 7 y 8 CIDN, art. 18 CADH, arts. 33 y 75 inc. 22 C.N. y arts. 11 y 12 Ley 26.061.

El nombre como atributo de la persona, configura un aspecto esencial de la faz dinámica del derecho a la identidad no necesariamente identificable con el emplazamiento filiatorio. La importancia que tiene el nombre como aspecto esencial de la identidad humana nos muestra la necesidad de otorgarle protección adecuada. Se trata de dos cuestiones escindibles y que merecen una tutela jurídica diferenciada.

"La identidad no es igual a la filiación, sino que integra los derechos personalísimos de la persona. Ello está relacionado con el principio de identidad personal y el derecho al nombre, que es el medio de identificación e individualización de la persona. Esa identidad que se constituye dentro de una familia, una comunidad, una nación, tiene aspectos singulares que nos permiten diferenciarnos de los otros y aspectos comunes que hacen posible nuestra identificación y nuestra comunicación con los demás, por ello tenemos que valorar el nombre y apellido como síntesis de nuestra identidad personal y relacionarlo con la identidad familiar y cultural de nuestro país (Claudio Daniel Boada, "Cambio del nombre de pila del adoptado" publicado en LA LEY 10/04/1998).

El máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires se ha pronunciado ponderando la importancia de la construcción de la identidad dinámica de las personas y que la misma requiere la protección jurídica del art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado. Agrega que "...las leyes tienden a garantizar a correspondencia entre la filiación, el nombre y los papeles como aspectos inherentes al concepto multifacético de identidad (...). Sin embargo, tal regla no es absoluta. En efecto la jurisprudencia ha venido perfilando un camino de reconocimiento autónomo al nombre en conflictos en los que se debate sobre la filiación biológica o adoptiva por ejemplo, tutelando la "autonomía" del nombre como atributo personalismo independiente de la cuestión filial comprometida con el propósito de alcanzar en cada caso interpretaciones armónica con las normas constitucionales y convencionales de protección de derechos fundamentales en juego (Dictamen del Procurador General y Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en causa N° 118.272, "N.N. o R., E.A. Inscripción de nacimiento fuera de término" resolución de fecha 10 de diciembre de 2014 - www.scba.gov.ar).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c. Uruguay se ha pronunciado diciendo que "...el derecho a la identidad, (...), puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia..." (sentencia del 24/02/2010-www.corteidh.or.cr/docs/

casos/ articulos/ resumen_221_esp.pdf)

De lo reseñado se puede concluir que el derecho a la identidad, consagrado en las normas convencionales e incorporadas a la Constitución Nacional, debe gozar de la protección jurídica adecuada por parte de las normas de derecho interno, de menor jerarquía, por lo que, en caso de colisión y en virtud del control de convencionalidad se debe aplicar los tratados internacionales al caso concreto.

Este principio se corresponde con lo establecido en el artículo 27 Convención de Viena: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

En el caso que nos ocupa, los peticionantes solicitan (a fs. 211) que A. sea inscrita con los tres apellidos de sus padres, o sea como "A.C.C.S.". Atento al modo de resolver, dicho pedido reflejar la realidad de A. y contribuye a la permanente construcción de su identidad, por ello considero que resulta ajustado hacer lugar a lo peticionado.

Es de tenerse en cuenta también que la identidad personal constituye el presupuesto de la personalidad que atañe a los orígenes del niño y a la pertenencia primaria general, abarcando todos los componentes del propio ser (arts. 7 y 8 de la CDN). Así lo entendió la SCBA "...la ley 18.248 que rige la materia tiene que ser entendida en el marco de la delicada cuestión que regula e interpretada de conformidad a lo prescripto por los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño" (SCBA "T.L.G. s/ consulta de nombre" expte. 103800 s. 07/10/2009).

En el mismo sentido, Rescigno expresa que es ajeno a la materia de la identidad personal, entendida como proyección social de la personalidad, el tema relativo a los signos distintivos del sujeto. La identidad personal, sostiene, ya no es más una fórmula que resume únicamente los "Signos de identificación", en tanto no se encuentra en esta noción "el valor positivo del derecho a la identidad como hoy lo afirma y reivindica" (Fernández Sessarego, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, p. 134/5).

Kemelmajer, Herrera y Lamm han sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.). (Kemelmajer de Carducci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p.1).

En este caso garantizar el interés superior de la niña, implica tutelar efectivamente, es decir oportunamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que ella se encuentra inmersa. Por ende, la limitación del artículo 558 in fine resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial (art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos) cabe recordar que la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849) establece, en su art. 2º, inc. 2º, que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares" e impone que todas las medidas que a su respecto se adopten deben estar guiadas por el "interés superior del niño" (art. 3º, inc. 1º). También señala, en su art. 7º, inc. 1º, que los menores deben ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento y que tendrán derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, respetando y preservando su identidad "...incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; y obligando al Estado a adoptar las medidas necesarias para restablecer rápidamente su identidad (inc. 2º, art. 8º).

En este caso el art. 558 in fine del Cód. Civ. y Com. de la Nación configura para los integrantes de esta familia, que han expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, una barrera que torna inaccesible para ellos el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar.

Por todo lo expuesto conforme a los arts. 4 de la ley 13.298, art. 4 de la ley 26.061, arts. 1, 2, 3, 52, 62 y siguientes, 706 Cód. Civ. y Com. de la Nación, 16,19 y 33 de la Constitución Nacional, los arts. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los arts. 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 3, 7, 8, 9, 16, 18 CDN, Obs. Grl. 12, y

Obs. Grl. 14 CRC).

Fallo: I. Hacer lugar a la demanda de decretando en el caso concreto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 último párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en este caso concreto, en cuanto no reconoce la voluntad procreacional mediante el consentimiento informado de más de dos personas; ordenando inscribir la filiación de A.C. como hija de M.F.C., DNI. ..., J.C., DNI. ... y C.S.S., DNI. ... II. Emplazar a los Sres. J.C. y C.S.S., como padres de A.C., DNI Nro. ... III. Autorizar a A.C. a sumar los apellidos de sus padres por lo que a partir de la presente deberá ser anotada ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como A.C.C.S., DN. ...

IV. Librar Oficio al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de emplazar a los progenitores en el acta XXX Tomo X, Folio XX vlt. del año 2016 de Mar del Plata, Partido de General Pueyrredón, debiendo en el oficio transcribir la parte resolutive de esta sentencia y los datos completos de la niña, cuando se encuentre firme, a efectos de que se extienda nueva partida de nacimiento con las modificaciones "ut supra" efectuadas.

V. Imponer a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

VI. Imponer las costas a los peticionantes (art. 68 y 163 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.).

VII. Regular los honorarios profesionales de la Dra. E.F.G., letrada de los peticionantes hasta fs. 128, en la suma de pesos ... (\$...), y los de la Dra. M.D.A.C., por su actuación a partir de fs. 142 en la suma de pesos ... (\$...)-, todas con más los aportes de ley e IVA si correspondiente. (art. 9, ap. I inc. 5, 13, 15, 16 inc. c) y ccds. de la ley 8904/1977 mod. por Ley 11.593). Regístrese. Notifíquese. Ofíciase (art. 135 inc.12° del cód.cit.). — Andrea S. García Marcote.