

Voces:

**DERECHO DE FAMILIA ~ FILIACION ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL**

Tribunal: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil de Personas y Familia Nro. 1 de Salta(JCivdePersonasyFamiliaSalta)(Nro1)

Fecha: 20/12/2019

Partes: Asesora de Incapaces N° 6 en represent. de: V., L. G. c. V., L. A.; Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Nulidad de filiación

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/61230/2019

Sumarios:

1 . La concepción y nacimiento de la niña fue producto de la voluntad procreacional de la pareja conformada por las demandadas, por cuanto el deseo de ser madres fue el móvil que las impulsó a realizar la inseminación “casera” fruto de la cual se gestó a la menor, siendo la voluntad de las accionadas la fuente de atribución del vínculo filiatorio con la niña, por lo que debe mantenerse la inscripción de la niña como hija de aquellas.

2 . Siendo el fundamento principal de toda decisión el interés superior de la niña, como así también teniendo en miras la voluntad procreacional y el derecho a la vida familiar que tuvieron las demandadas al concebir a la menor —en el caso, mediante el uso de una técnica de inseminación vaginal “casera”—, corresponde rechazar la demanda interpuesta por la Asesora de Incapaces y, en consecuencia, mantener la inscripción de la niña como hija de aquellas.

3 . Obligar a las demandadas a iniciar un proceso de adopción por integración para encuadrar su situación en las normas vigentes constituiría un atropello a la realidad familiar de la niña, pues aquellas han aclarado que la figura jurídica de la adopción no representa el proyecto de familia que desean formar, atento a que resulta acreditado en autos que ejercen la co-maternidad de la niña.

Texto Completo:

Exp. 597746/17

2ª Instancia.- Salta, diciembre 20 de 2019.

Resulta: I. Que a fs. 14/15 se presenta la Sra. Asesora de Incapaces N° 6, Dra. Silvia Marcela Iburguren y conforme a las facultades otorgadas por el artículo 103 del Cód. Civ. y Comercial y 56 de la Ley de Ministerio Público N° 7328 dice que actúa en representación de la niña L.G.V. nacida en fecha 07 de febrero del año 2016 asentada como hija de las Sras. L.A.V. y M.C.G.

Promueve acción de nulidad del reconocimiento filial realizado por la Sra. L.A.V. respecto de la niña contra la Sra. L.A.V., la Sra. M.C.G. y contra el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Con relación a los hechos manifiesta que conforme se desprende de las actuaciones que se acompañan remitidas a esa dependencia por disposición de la Asesoría General de Incapaces la Dirección General de la Subsecretaría del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas requirió la intervención del Ministerio Público a los fines de que se determine la correcta filiación de la niña con fundamento en que al momento de digitalizar las actas de nacimiento de la menor en la sede que funciona en el Hospital Materno Infantil quedó inscripta como hija de las demandadas sin que se observen cumplido los requisitos legales que harían precedente dicho acto al que no se le puede otorgar virtualidad jurídica, puesto que no se ha acreditado la opción de las partes para el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida ni el matrimonio de ambas.

Comenta que al advertir esta situación y de conformidad con la normativa vigente, el Registro Civil procedió a citar a audiencia a las declarantes a los fines de la acreditación de tales extremos en la cual expresaron no estar casadas y no haber recurrido a las TRHA conforme se acredita con el acta que se acompaña.

Dice que con la copia del certificado estadístico de nacido vivo de la niña se acredita que su madre es la Sra. M.C.G.

Cita los arts. 558 y 566 del Cód. Civ. y Comercial, considerando que en ninguna de esas circunstancias se puede circunscribir el reconocimiento realizado por la Sra. V., con lo cual —agrega— el reconocimiento filial es ineficaz y en consecuencia de nulidad absoluta por contravenir normas de orden público.

Manifiesta que a los fines de resguardar el derecho de identidad de la menor, se interpone la presente acción para que se declare la nulidad del reconocimiento filial realizado por la Sra. V. y se ordene la correspondiente

rectificación en el acta de nacimiento de su asistida.

Informa que ese Ministerio Público citó a audiencia a las partes sin que hayan comparecido y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 583 del Cód. Civ. y Comercial se procederá a realizar las gestiones necesarias a los fines de procurar la determinación de la paternidad de la niña y su oportuno reconocimiento por el presunto progenitor.

Funda el derecho y ofrece prueba.

En uso de las facultades previstas por el artículo 36 del Cód. Proc. Civ. y Comercial se cita a las partes a una audiencia (fs. 29).

A fs. 30 se imprime al proceso el trámite de ley.

A fs. 31 dictamina el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas ratificando lo manifestado a fojas 05/06 y prestando conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía a fs. 13 y con la acción iniciada por la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 14/15.

Corrido traslado de ley, a fs. 73/77 contestan las demandas las Sras. L.A.V. y M.C.G., quienes actúan con el patrocinio letrado de la Dra. F.G., solicitando se mantenga el reconocimiento filial de la niña L.G.V. supliendo la formalidad con la que se exige el consentimiento informado del artículo 562 del Cód. Civ. y Comercial, como por ejemplo dicen— una declaración jurada que exprese que al momento de realizar la técnica había consentimiento previo, libre e informado, ya que la nulidad de la misma afecta el interés superior de la niña por lo que rechazan la demanda interpuesta en su contra. Con costas.

Niegan los hechos expuestos en la demanda.

Reconocen que la menor quedó inscrita como hija de las dicentes y reconocen no estar casadas.

Niegan el hecho de no haber concurrido a las técnicas de reproducción humana asistida, sólo que —alegan— haberlo hecho mediante la técnica de inseminación humana “casera” sin concurrir a un centro médico al realizar el procedimiento.

Niegan el hecho de no haber concurrido audiencia con el Ministerio Público.

Con relación a los hechos indican que como surge de la ficha de nacimiento y del certificado de identidad de la recién nacida, su hija nació producto de la gestación de embarazo de C. G. Que la técnica utilizada para que quede embarazada fue la inseminación vaginal casera. Que la menor fue inscrita como hija de las dicentes ante el asesoramiento recibido en el Registro Civil quienes —dicen— las orientaron durante el embarazo y fueron quienes hicieron la inscripción registral.

Comentan que después de muchos años de estar en pareja quisieron formar una familia y constituir ese proyecto de vida con la menor y que luego de mucho investigar ese método en el proceso de búsqueda, dieron con una persona que accedió ser su donante. Que el momento de la fecundación fue sumamente agradable e íntimo y en su hogar. Que Adriana fue quien hizo la inseminación, o sea, agregan fue ella quien formó parte de todo el momento de reproducción de conformidad a cómo fue su elección del método gestacional y de vida.

Continúan diciendo que la concepción y nacimiento de la menor fue producto de la voluntad procreacional de sus madres, Sras. L.A.V. y M.C.G., quienes tenían el deseo de ser madres; y que cuando se conocieron en el año 2010 iniciaron juntas el recorrido para que ese deseo se hiciera realidad y poder formar una familia.

Sostienen que durante el embarazo fueron innumerables las consultas al Registro Civil para ver cómo podían inscribir la co-maternidad. Que en su oportunidad no tuvieron problema con la inscripción y tampoco les informaron si se requería de algún requisito previo, que tal es así que pudieron inscribirse y registrarse como progenitoras.

Destacan que la niña tiene la obra social de I.P.S. adherida en calidad de beneficiaria por ser hija de L.A.V. conforme a la nota y aprobación que adjuntan.

Expresan que les motiva el interés superior de su hija quien tiene derecho a continuar siendo reconocida legalmente no sólo por su madre gestante sino también por su otra madre.

Refieren que la niña es hija de su madre biológica pero también y sin perjuicio de dicha afiliación es hija por voluntad procreacional, por deseo y amor de su madre no biológica quien presta su consentimiento para la conformación de la familia junto a su conviviente, C.

Manifiestan que entre ellas existió la voluntad procreacional respecto a su hija, es decir el consentimiento

previo, libre e informado con anterioridad de su concepción. Que el proyecto de vida en común, proceso de búsqueda del nacimiento de la niña, fue un proceso donde se acompañaron, compartieron la gestación de C. y ambas son responsables de la formación integral y cuidado de la menor.

Añaden que la responsabilidad procreacional la ejercen de hecho y todos los días como progenitoras y se encuentran al cuidado y satisfaciendo todas las necesidades de su hija.

Consideran que el cercenamiento de parte de su identidad como resultaría de la sentencia, causaría un daño irreversible en una persona que crece sin poder ejercer todos los derechos y atributos derivados de su estado de familia; así como existe obligación legal de la madre del niño no reconocido en informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso, la niña tiene derecho a que se mantenga su reconocimiento también por su madre sin desplazar el reconocimiento de su madre biológica.

Expresan que tener que concurrir con posterioridad a iniciar una demanda de adopción de integración les genera un perjuicio al iniciar una acción nueva y su sentencia produciría los mismos efectos, es decir, la niña podrá ser inscripta como hija de ambas como en la realidad de los hechos sucede; y que iniciar una demanda de información sumaria para que la obra social reconozca el derecho adquirido en la niña, también se traduce en un perjuicio de derechos y a su interés Superior.

Citan jurisprudencia y doctrina.

Fundan el derecho y ofrecen prueba.

A fs. 82 la codemandada, Sra. L.A.V. aclara que el escrito presentado de contestación de demanda corresponde a ella quién es parte en la demanda.

A fs. 86/87 dictamina la Sra. Coordinadora del Subprograma de Uniones Convivenciales del Registro Civil de Salta en el sentido de que corresponde suprimir la filiación de la Sra. Lidia Adriana V. consignada en el acta de nacimiento de la menor quien en consecuencia deberá llamarse L. G.

A fs. 91 se abre la causa a prueba, la que es proveída a fs. 99 clausurándose ese período a fs. 120 de autos.

A fs. 115/117 obran declaraciones testimoniales.

A fs. 136/139 obra alegato presentado por la parte actora, a fs. 140/146 alegato de la parte demandada y a fs. 147/150 obra alegato presentado por el codemandado, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Habiendo dictaminado el Ministerio Fiscal (fs. 123) se llama autos para sentencia (fs. 156), providencia que se encuentra firme y consentida.

Considerando: I. Que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

II. A su vez, los arts. 560 a 564 y 575 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establecen las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —en adelante: TRHA—, regulando los aspectos relativos al consentimiento, previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de éstas, el que deberá ser recabado por el centro de salud interviniente y ser renovado cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

La instrumentación de dicho consentimiento deberá 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.

Asimismo, se establece que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TRHA con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento y a petición de las personas nacidas a través del uso de estas técnicas, 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 (arts. 563/564 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Con respecto a la voluntad procreacional, la norma establece que los nacidos por las TRHA 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 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debidamente inscripto en el

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

A efectos de la determinación de la Filiación extramatrimonial, el art. 575 del Cód. Civ. y Com. de la Nación indica que: “En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

III. Que en el sub lite, la Sra. Asesora de Incapaces N° 6, Dra. Silvia Marcela Iburguren promueve la presente acción de nulidad del reconocimiento filial realizado por la Sra. L. A.V. respecto de la niña L.G.V. nacida en fecha XX de XXXXX del año 2016 y asentada por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Salta como hija de las Sras. L.A.V. y M.C.G., en razón de que no se acreditó la opción de las partes para el sometimiento a las TRHA, ni el matrimonio de ambas, por lo cual considera que el reconocimiento filial es ineficaz y en consecuencia de nulidad absoluta por contravenir normas de orden público

Efectivamente, de las constancias de autos se tiene que la menor fue engendrada por la Sra. M.C.G. (conforme certificado médico de nacimiento de fs. 07/08), quien la concibiera mediante el uso de una técnica de inseminación vaginal “casera”, ello de acuerdo a lo reconocido por las codemandadas.

Posteriormente, la menor fue inscrita por el Registro Civil como hija de las Sras. L.A.V. y M.C.G. (v. acta de nacimiento incorporada a fs. 09).

Ahora bien, en el caso, resulta indudable que las demandadas no han acudido a la implementación de una TRHA conforme prevé la normativa vigente para engendrar a la niña, por lo que les resulta imposible acreditar el consentimiento en los términos del art. 560 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, toda vez que optaron por un método casero.

Sin perjuicio de ello, considero que en el caso, corresponde analizar si las demandadas logran acreditar la existencia de voluntad procreacional al momento de decidir concebir a la menor de edad.

Al respecto, Farnós Amorós sostiene: “En la reproducción derivada del recurso de las TRA es esencial la “planificación”, lo que permite configurar el consentimiento como pieza clave en el establecimiento de la filiación”.

El consentimiento previo, informado y libre a las TRHA es un concepto jurídico que hace referencia a la exteriorización de la voluntad de uno o más personas para aceptar derechos y obligaciones.

Siendo la voluntad procreacional el eje central o columna vertebral de la filiación por TRHA es indudable que ésta debe exteriorizarse y ello lo es a través del consentimiento, que en virtud de tal relevancia debe ser previo, informado y libre. En otras palabras el consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de la voluntad procreacional.

Por su parte, Gil Domínguez, sostiene con respecto a la voluntad procreacional que “puede ser definitiva como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas” (Gil Domínguez, Andrés “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico”).

En las TRHA el vínculo filial queda determinado entre la persona nacida y quién o quiénes hayan prestado el pertinente consentimiento siempre teniendo en cuenta la limitación del doble vínculo que establece el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en su última parte (Lorenzetti, Ricardo “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2014. T. III ps. 493/494).

Entonces, queda claro que, en los supuestos de TRHA la filiación se determina por el elemento volitivo, es decir, el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para dejar de hacerlo.

Los nacidos por TRHA son considerados hijos de aquellas personas que expresaron su voluntad procreacional. La voluntad procreacional es el eje vertebral en materia de determinación de la filiación cuando se trata de la filiación que deriva de las TRHA siendo totalmente indiferente quien haya aportado el material genético para el tratamiento en cuestión, de no ser los progenitores los cuales poseen la voluntad procreacional, y/o un tercero ajeno —donante— el cual nunca tendrá vínculo jurídico con el nacido.

Por lo tanto, cuando se trata de filiación derivada de las TRHA en la que puede suceder que no coinciden una misma persona el elemento genético, el biológico y el volitivo, debe darse preponderancia a este último, es decir prevaleciendo la maternidad/paternidad consentida y querida, por sobre la genética (Lorenzetti, Ricardo “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2014. T. III p. 501).

En efecto, con la reforma del Cód. Civ. y Com. de la Nación en materia de filiación ha sufrido una verdadera revolución, el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado tan así es que se habla de una “desbiologización de la paternidad”, focalizándose en la “parentalidad voluntaria” como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas. Hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria. (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y otros “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal - Culzoni, Tomo II).

Al respecto, el español Rivero Hernández señala que para resolver definitivamente sobre la paternidad - maternidad debe tenerse en cuenta el elemento que nadie puede suplir para un determinado nacimiento que es la “voluntad”, en tanto que el aporte del gameto de un tercero es un elemento fungible ya que podría haberse utilizado gametos de otro donante, y “no es verdadera causa eficiente (en sentido ontológico) del nacimiento”, destacando que la paternidad-maternidad no son conceptos sólo biológicos, sino que están cargados de componentes culturales (voluntad, afecto, juridicidad, etc.) y que “corresponde a aquellas personas a quienes el hijo debe la vida por haber nacido por acto de decisión personal de ellos” (citado por Lorenzetti, Ricardo “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2014. T. III p. 502).

En esa inteligencia, el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en total consonancia con principios constitucionales e internacionales, valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder a la maternidad - paternidad importando sólo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo, y/o personas solas (op. cit. p. 503).

Volviendo al análisis del caso y analizadas las pruebas producidas, arribamos a la conclusión de que, la concepción y nacimiento de la niña fue producto de la voluntad procreacional de la pareja conformada por las Sras. V. y G., por cuanto el deseo de ser madres fue el móvil que las impulsó a realizar la inseminación “casera” fruto de la cual se gestó a la menor, siendo la voluntad de las accionadas la fuente de atribución del vínculo filiatorio con la niña.

Así, en la audiencia celebrada por ante la Asesoría de Incapaces N° 6 las accionadas declararon que L.G.V. es fruto del amor que se comparten desde hace más de cinco años, previo a su concepción, y que si bien no recurrieron a las TRHA en un centro asistencial de salud, la niña fue engendrada a través de un método doméstico, el que consideran más natural, previo consenso y consentimiento de ambas (cf. fs. 72).

A su vez, en la contestación de demanda las accionadas declaran que después de muchos años de estar en pareja quisieron formar una familia y constituir ese proyecto de vida con la menor y que luego de investigar el método en el proceso de búsqueda, dieron con una persona que accedió ser su donante. Que el momento de la fecundación fue sumamente agradable e íntimo y en su hogar. Que Adriana fue quien hizo la inseminación, fue ella quien formó parte de todo el momento de reproducción de conformidad a cómo fue su elección del método gestacional y de vida (v. fs. 73/77).

Por otra parte, en fecha 27 de febrero de 2016 se publicó en el Diario “Cuarto Poder” una nota periodística realizada a las demandadas quienes contaron públicamente su historia destacando su deseo de ser madres (v. fs. 48/49).

Con respecto a la prueba testimonial, la testigo, Sra. C. M. del V.P.M. destaca el deseo de las accionadas por tener un hijo (v. fs. 115 contestación a la pregunta cuarta). Agrega que ambas —refiriéndose a las Sras. V. y G.— se encargan de la crianza de la menor (v. fs. 115 y 117 contestación a la pregunta octava); y que el trato entre la niña y la Sra. V. es muy amoroso, agrega la testigo “como mamá” (v. fs. 115 contestación a la pregunta novena).

También, la testigo que dijo llamarse M. V.S. declara respecto al trato de la niña con la Sra. V. que “la ama. Lloro cuando no está con su mamá. Se le pega, no la deja” (v. fs. 117 contestación a la pregunta novena).

Además, a fs. 43/44 se incorpora documentación que da cuenta de la solicitud presentada por la Sra. V. solicitando la adhesión como beneficiaria de la menor a la Obra Social.

En efecto, de las pruebas producidas se vislumbra prima facie la intención de las demandadas de formar una familia junto a la niña, y de ejercer los derechos y obligaciones parentales sobre la menor, tal como lo manifestaron en el escrito de contestación de demanda y en la audiencia a la que fueron convocadas (cf. fs. 28).

En ese marco, la omisión en el cumplimiento de los requisitos legales que prevén las normas vigentes, no resulta suficiente para desconocer que existió voluntad procreacional por parte de las demandadas, teniendo en consideración que esa voluntad procreacional en nada difiere de la voluntad procreacional requerida por el Cód.

Civ. y Com. de la Nación, salvo en lo que respecta a la formalidad de emitir el consentimiento previo, libre e informado.

Pese a ello, se estima que esa circunstancia no resulta suficiente para hacer lugar a la demanda declarando la nulidad de la Filiación y con ello la grave consecuencia de modificar la realidad de la menor, quien habiendo sido escuchada en audiencia privada, reconoce a las Sras. Adriana y C. como sus madres.

La niña comentó —entre otras cuestiones— cómo es su vida en familia, sabe su nombre —dice llamarse L. G. V., el día de su cumpleaños, dónde vive, y se advirtió que se trata de una niña muy estimulada para su edad (03 años).

En referencia al Derecho Comparado, cabe citar al fallo dictado en el Distrito de Columbia —Estados Unidos— donde se atribuyó la condición de madre legal a las madres lesbianas que planean un hijo por inseminación con donantes. La ley establece que una persona que consiente la inseminación de la mujer con la intención de ser uno de los padres del niño resultante es padre del niño. El consentimiento debe ser por escrito, aunque si no hay consentimiento por escrito, es posible demostrar el consentimiento y la intención de ser padre por el comportamiento de la pareja que se comporta con el niño como si fuera propio. La ley de DC es un hito, ya que el estado civil y el sexo son neutrales. La pareja (gay o straight) no necesita estar casada o registrada como pareja de hecho. La paternidad deriva enteramente de la voluntad de las partes expresada a través de su consentimiento por escrito o por el comportamiento (Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y otros “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, p. 517).

Ahora bien, como es sabido, en la tarea de sentenciar que nos toca, debe atenderse primordialmente al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y considerando el status quo de quiénes se encuentran involucrados.

Ese interés superior de la niña, entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida [...] (art. 3 Ley 26.061), requiere ser protegido y garantizado, y en esa tarea debe tenerse presente que la menor actualmente se encuentra inserta en un ámbito familiar conformado por las Sras. V. y G., con quiénes reside y quiénes ejercen los derechos y obligaciones parentales.

En el caso “Fornerón e hija c. Argentina” la Corte Interamericana sostuvo que el término “familia” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano y que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños, por cuanto la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas. Con cita del precedente “Atala Riffo y niñas vs. Chile” sostuvo que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar su interés superior.

Los derechos fundamentales forman parte de nuestro sistema Constitucional y como tales deben ser garantizados a todas las personas —más allá de la forma de vida por la que han optado—, así como a las diversas modalidades familiares. En consecuencia, toda norma que otorgue efectos jurídicos a las convivencias de pareja debe acoger este piso mínimo de protección, so pena de resultar inconstitucional.

Garantizar la protección de la familia en un sentido amplio y pluralista propio de un modelo de Estado Constitucional de Derecho implica reconocer, como primer paso necesario, el derecho a formar esa familia en el marco de una decisión libre y autónoma, y en igualdad de condiciones o, lo que es lo mismo, sin discriminación alguna.

Se trata nada más y nada menos que del derecho al acceso libre e igualitario a una familia, cualquiera sea la modalidad elegida, cuestión que quedó en evidencia en nuestro país tras la sanción de la Ley 16.618 de Matrimonio Igualitario (Famá, M. Victoria “Uniones Convivenciales y Filiación” publicado en Revista de Derechos Privado y Comunitario 2014-3 ps. 182/184).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha reconocido que el derecho de familia ha sido redefinido “en consonancia con el régimen constitucional y convencional de los Derechos Humanos” (arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación)”, por lo tanto, no pueden los Tribunales Inferiores,

dictar sentencias que se aparten de ese reconocimiento.

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone, en su artículo VI, que “ Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una disposición tuitiva de la familia, al tiempo que establece que “[...] Todas las personas son iguales ante la ley (y) [...] Tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 24); “ Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado” (art. 19).

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

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Salta, en el art. 32 determina que la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines.

En esa inteligencia, obligar a las demandadas a iniciar un proceso de adopción por integración para encuadrar su situación en las normas vigentes, constituiría un atropello a la realidad familiar de la niña, pues, las Sras. V. y G. han dejado aclarado que la figura jurídica de la adopción no representa el proyecto de familia que desean formar, atento a que resulta acreditado en autos que las demandadas ejercen la co-maternidad de la niña.

Por último, vale la pena referirnos a la jurisprudencia dictada en un caso similar al que nos trajo a juzgamiento y compartiendo plenamente sus fundamentos nos parece oportuno transcribir parte del mismo:

En el caso “B. M. A. c. GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” del Tribunal: Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 2 de fecha 02/05/2017, se ordenó al Registro Civil a inscribir a la actora como madre de una niña junto con su madre biológica habida cuenta de la voluntad procreacional de ambas y proyecto de pareja en común.

Se dijo que: “La legislación sancionada en los últimos años vino a consagrar en forma expresa y directa el pleno goce del derecho a la igualdad ante la ley, garantizar la diversidad sexual y los derechos de las familias homoparentales y brindar solución a las nuevas situaciones que el avance tecnológico hizo posibles, como la concepción a través de técnicas de reproducción humana asistida. Ello, como reflejo del papel de las prácticas sociales efectivas insertas en el núcleo de la sociedad... En efecto, las Leyes N° 26.618 de Matrimonio Civil Igualitario y N° 26.994 de sanción del 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, así como en el régimen filiatorio en los casos de niñas y niños nacidos merced a la utilización de técnicas de fertilización asistida... Los cambios legislativos habidos en los últimos veinte años en materia de uniones de personas del mismo sexo y de filiación supra reseñados conformaron un marco regulatorio para situaciones como la que se ventila en el sub lite un marco regulatorio, adecuado a los criterios imperantes en materia de igualdad de géneros, así como a los avances tecnológicos y transformaciones sociales resultantes. Así, luego de la sanción de la ley de matrimonio igualitario, las autoridades nacionales y locales dictaron normas reglamentarias del derecho de los integrantes de parejas formadas por personas del mismo sexo, para inscribir a los niños nacidos en el seno de su familia como propios. Dicha normativa tuvo en miras la equiparación de los derechos de los integrantes de las familias homoparentales constituidas antes de la sanción de la norma referida sin ningún amparo legal... En efecto, el reconocimiento de hija en el sub judice, entendido como el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hija, se caracteriza por ser unilateral y no recepticio en tanto se perfecciona con la sola voluntad del reconocimiento sin que se exija el concurso de otra voluntad para perfeccionarlo, ni siquiera la del otro 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”. En definitiva, el reconocimiento debe ser entendido, en casos como el presente, como una asunción de paternidad o maternidad a los efectos legales y sociales y no como expresión de la aceptación de una relación paterno - filial por naturaleza... De tal suerte, que no hay inconveniente en admitir como título de

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

En definitiva, y amén de lo expuesto, es evidente que existe un vacío legal para los casos como el presente, puesto que la normativa vigente en materia filiatoria no contempla una situación como la planteada, empero tal circunstancia no puede constituir óbice para constreñir a las partes a ajustarse a las normas vigentes que no reflejan —en el caso— el proyecto de vida y de familia conforme a lo deseado.

Ante dicho vacío legal se considera oportuno destacar lo sostenido por la autora Nieve Rubaja, quien ante un caso donde existía un limbo legal, entiende que a pesar de ello se debe resolver siempre en total consonancia con “los derechos fundamentales de los niños, incluidos el derecho a no sufrir discriminación sobre la base del nacimiento, a la identidad, a la vida familiar y a gozar de un emplazamiento; éste deberá ser el parámetro que inspire la creatividad de los jueces para dar respuesta a los planteos judiciales que se les presenten en la materia, haciendo conjugar el principio del favor filiationis, pero atendiendo sobre todo al interés superior del niño circunscripto a las circunstancias de cada supuesto”, agregándose que en términos del derecho a la identidad, debe priorizarse la faz dinámica (Rubaja, Nieve “Derecho Internacional Privado de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, citada por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo II, p. 498, Rubinzal-Culzoni).

Por todo lo expuesto, siendo el fundamento principal de toda decisión el interés superior de la niña, como así también teniendo en miras la voluntad procreacional y el derecho a la vida familiar que tuvieron las Sras. V. y G. al concebir a la menor, corresponde rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Asesora de Incapaces N° 6, y en consecuencia, mantener la inscripción de L.V.G. como hija de las Sras. Lidia Adriana V. y M. C. G.

“No parece pues razonable atribuir algún tipo de vínculo filial tan sólo al donante de gametos que no busca ni desea un hijo, que desconoce cuántos y quiénes serán los receptores de ese material genético y que carece de interés incluso del resultado. Así lo ha entendido el legislador al priorizar la voluntad procreacional por sobre el componente genético y al limitar la posibilidad de acceder a la información relativa al donante de gametos a los supuestos excepcionales expresamente previstos en el artículo 564 del Cód. Civ. y Comercial. Esta concepción del derecho a la identidad y a conocer la verdad de su origen es la que deviene compatible con el interés superior del niño consagrado como principio rector de la Convención de los Derechos del Niño y de la ley N° 26.091”.

IV. Que, considerando lo dispuesto por el art. 31 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 7328 que establece: “Exenciones tributarias. Las actuaciones del Ministerio Público no estarán sujetas al pago de ningún tributo sea de la naturaleza que fuere”, corresponde imponer las costas por su orden.-\_

Por ello fallo: I. Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Asesora de Incapaces N° 6. En consecuencia, mantener la inscripción de la niña L.V.G., DNI N° ..., nacida en Salta Capital, el día ... de ... de ... (Acta ..., Tomo ..., Folio ..., Año ...), como hija de las Sras. L. A. V., DNI N° ... y de la Sra. M. C. G., DNI N° ..., todo ello conforme a los motivos expuestos en los Considerandos. II. Imponer las costas por su orden. III. Mandar se registre y notifique. — Inés Villa Nougés.