



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

119.424. “ B. M.
y otros s/ Filiación”.

Suprema Corte de Justicia:

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del la Ciudad de la Plata resuelve declarar nula la sentencia de grado que había dispuesto rechazar la acción de filiación planteada por la Sra. A. G. –pareja conviviente de la progenitora del niño– respecto del niño F. B. y en su lugar dispone la devolución del expediente a la instancia de grado a fin de que se proceda a la designación de un tutor *ad litem* en resguardo de los intereses del menor F. (fs. 216/28 y vta)

Contra dicho resolutorio se alzan la progenitora del niño, la Sra. M. B. y su conviviente, A. G., ambas con el patrocinio letrado de abogados particulares a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 233/47 y vta. que a continuación paso a examinar.

I. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Las recurrentes alegan, en síntesis, que la sentencia en crisis evidencia una errónea aplicación de los artículos 3,7 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27 inc. c de la ley 26061 y 397 inc 1 del Código Civil al declarar la nulidad de todo lo actuado por la falta de intervención de un tutor *ad litem*. Asimismo denuncian la existencia del vicio del absurdo en tanto considerar que la interpretación de las normas invocadas implicar admitir la necesidad de designar un tutor *ad litem* en todos los procesos en los que estén involucrados niños por existir la hipotética posibilidad de una contraposición de intereses con sus progenitores (fs. 243 vta y 244).

Asimismo sostienen que la decisión de la alzada departamental resulta violatoria de los artículos 1 al 9, 16,18,19,26,27,42 y ccs.de la Convención sobre los Derechos del Niño; de los artículos 1, 2, 3, 8, 11, 17, 18, 19, 24, 25, 28, 29, 31, 32, 33, 46 y ccs. de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 1,5,8,14,16,19,28,31,33,75 y ccs de la Constitución Nacional; 1, 3, 6, 10, 11, 12, 15, 20, 25, 26, 36, 37, 56, 57 y ccs. de la Constitución Provincial; el artículo 11 y csc de la ley 26061; los artículos 1, 2, 10, 17, 18, 19, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 38, 41 y cc de la ley 26413, los artículos 240, 241, 242, 248, 249, 250, 251, 253 y ccs. del Código Civil en tanto establecen el derecho del niño F. a contar con una filiación inmediatamente después del nacimiento, a que se respete su derecho a la identidad, al uso del nombre y de ubicación en un familia determinada y a la vez obligan al Estado Nacional y Provincial a garantizar que esto sea cumplido en forma urgente. El debido proceso en materia de reconocimiento de los derechos del niño significa el derecho a la resolución del conflicto en tiempo apropiado, sin demoras injustificadas de acuerdo a la necesidad que debe protegerse” (fs 234 vta, 235 y vta.)

Más concretamente, las impugnantes se quejan por considerar que la decisión de ordenar la nulidad de todo lo actuado en virtud de la falta de intervención de la figura del *tutor ad litem* no resulta ajustada a derecho en tanto la alzada omite explicitar en qué consiste el conflicto de intereses entre el niños y sus representantes legales exigido por la norma para su procedencia. (fs 240, 241 vta y ccs). A ello añaden que ni el Fiscal y ni la Asesora de Incapaces advirtieron la existencia de intereses contrapuestos, pues ambos dictaminaron en sentido favorable a la petición de la progenitora y su conviviente.

Al respecto expresan que “ en los considerandos la mayoría entendió que debió haberse designado la figura de un *tutor ad litem*, pero en ningún pasaje se mencionó cuál era era el conflicto de intereses que existía entre las progenitoras como representantes necesarias y los intereses de F.. Se pasó por alto el real interés superior del niño, dado que no se valoró su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

derecho a una doble filiación, a la identidad y al bienestar, en general, pues al igual que en primera instancia, nada se dijo respecto a las medidas probatorias con las que se acreditaron la voluntad procreacional, la concepción del niño en forma conjunta mediante las técnicas de reproducción humana asistida con espermatozoides de un donante anónimo, la constitución de una familia y el perfecto ambiente para el normal desarrollo de F. (...) pues el niño no puede verse afectado por el reconocimiento de su madre (A. G.), ya que ésta sólo está cumpliendo con su deber de progenitora al darle la correcta filiación (.) y no se requiere la voluntad del reconocido...” (fs. 240 y vta.). Sobre este punto agregan que “...retrotraer el proceso a fojas cero implica condenar al niño a vivir varios años más privado de su identidad” (fs 243).

Por otra parte las quejas sostienen que la sentencia implica avalar un trato discriminatorio respecto de ellas como del niño F.. En efecto afirman que “Por su parte, M. B. ha obrado en consecuencia presentándose por su propio derecho por verse discriminada y en representación de su hijo, quien ha sido víctima de discriminación y negación de sus derechos humanos elementales (.) ya que el motivo por el cual se rechazó la inscripción fue, en esencia, discriminatorio” (fs 241).

En particular señalan que “Lo resuelto por la Cámara implica una discriminación por nuestra condición de pareja que vive en concubinato y de F. como fruto de esta unión, dado que el Estado todos los días inscribe niños con doble filiación cuando sus progenitores son heterosexuales u homosexuales que decidieron casarse; y en ningún caso se les violentan los derechos en el Registro de las Personas. Cuando una madre inicia en representación de su hijo la acción de filiación contra el presunto padre, la justicia nunca exige la designación de un defensor de los derechos del niño, pero aquí la alzada lo entiende conveniente porque las progenitoras de F. son homosexuales. Cabe destacar que el espíritu del artículo 255 del Código Civil es obligar al Estado a poner en funcionamiento toda su estructura en pos de procurar que el niño cuente con la doble filiación” (fs. 242 vta)

Añaden a ello que “Para el Estado Argentino, F. hoy cuenta sólo con la filiación de M. B.. Entonces, si algo le sucediera a ésta (enfermedad, muerte ,etc) el niño quedará desamparado y pasible de ser adoptado, porque al mismo tiempo se le esta negando el derecho-deber a A. G. de darle filiación y asumir todas sus responsabilidades en el bienestar de F.. Asimismo, si la desgraciada situación supuesta le ocurriera a ésta última, F. no podía sucederla ni percibir la pensión que le corresponde, entre otros derechos vitales, para su crianza y desarrollo.(...) la Suprema Corte de la Provincia tiene a su alcance la posibilidad histórica de poner fin a años de discriminación y sometimiento de derechos fundamentales de F. y de nosotras dos, por parte del poder ejecutivo provincial (Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires) y del poder judicial” (fs. 236 y vta).

Las quejosos citan como fundamento de sus pretensiones el pronunciamiento dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el famoso precedente “Atala Riffo vs Chile” en el que se establece que la Convención Americana prohíbe cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la personas.

En suma, alegan que “... bajo ningún punto de vista el estado, a través del poder judicial –en este caso- puede entender que el interés superior de F. es vivir aún más tiempo de la manera en la que lo ha venido haciendo desde su nacimiento por ser el fruto de una pareja extramatrimonial con preferencias sexuales distintas a las previstas por el ordenamiento civil vigente, el que se contraponen con numerosas normas de carácter constitucional y supra constitucional” (245).

Por último señalan que la sentencia en crisis omitió una cuestión esencial que no pudo ser ignorada: la acción de impugnación de filiación es imprescriptible para F., por lo que podría en cualquier momento iniciarla. Mientras tanto, no puede el estado, habiéndose probado que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

niño fue concebido por ambas progenitoras (sin perjudicar a ningún otro individuo ni al orden público) que crece en un hogar en perfectas condiciones, que es cuidado y educado de la mejor manera posible, etc., privarlo desde su nacimiento de derechos humanos elementales como identidad, filiación, apellidos, ubicación correcta en una familia determinada, etc” (fs. 245 vta. y 246).

En virtud de los agravios señalados solicitan a esa Corte que revoque la sentencia impugnada y proceda a dictar un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 45 de la ley 26413, 250 del Código Civil, 67 de la ley provincial 14078 y/o cualquier otra norma de rango inferior que imposibilite la inscripción de F. como hijo de M. B. y A. G. en forma urgente por ser contrarias a los principios generales del derecho, a la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

II. En mi opinión, el remedio debe prosperar.

i. En primer lugar, considero que asiste razón a las quejas en cuanto alegan el yerro de la decisión alcanzada por la alzada departamental que resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado en virtud de la falta de intervención de la figura de un *tutor ad litem*.

Coincido con las impugnantes en cuanto sostienen la improcedencia de tal figura a la especie en tanto no surge de la sentencia cuestionada la presencia del presupuesto legal consistente en la contraposición de intereses entre el niño y su progenitora exigido por la norma (arts. 397 y ccs.). Es que, tal como lo señalan las recurrentes, legitimar la citada conclusión conllevaría al absurdo de admitir la necesidad de designar tutores *ad litem* en todos los casos en que uno de los progenitores del niño, en ejercicio de los deberes derivados de la responsabilidad parental, se presente ante la justicia con el objeto de formalizar una acción de reclamación de paternidad/maternidad. Es que, el

acceso inmediato de los niños a la “la doble filiación” constituye el ideal regulativo del sistema filiatorio vigente.

En virtud de estas breves consideraciones entiendo que la decisión de la alzada deviene infundada en cuanto concluye sobre la necesidad designar un *tutor ad litem*, sin explicitar las razones en las que consiste la contraposición de intereses invocada –y apartándose de los dictámenes del Ministerio Público Fiscal (fs.149) y del Asesor de Incapaces (fs. 155/6) que nada observan al respecto– y, como tal, corresponde que sea revocada.

ii. Sin perjuicio de ello, no resulta posible soslayar los contornos del planteo en el que la Cámara decide anular de oficio de todo lo actuado. Como se advierte de la lectura de los agravios traídos, la particularidad de la pretensión aquí deducida consiste en el vínculo homosexual que une a las convivientes que reclaman la maternidad compartida del niño F..

Sobre este punto también considero que asiste razón a las impugnantes. Veamos.

a) Tal como lo señala la magistrada en la sentencia de primera instancia “el ordenamiento jurídico vigente no contempla el supuesto traído por las accionantes ya que el Código Civil actual reconoce sólo filiación por naturaleza –matrimonial y extramatrimonial– y por adopción, no encontrándose aún incorporadas como fuente de la misma las técnicas por reproducción humana asistida (..) ni la voluntad procreacional..” (fs.182 vta)

Es que, la regla legal en nuestro sistema jurídico vigente radica en prescribir que “...que no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida...” (art 250 CC), que “si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de ésta última” (art. 252 CC) y por último que “no podrán inscribirse reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo...”



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

(art 45 ley 26413). Sin embargo, dicha regla debe integrarse, a partir de la sanción de la ley 26618, con la posibilidad de inscribir a los hijos de matrimonios del mismo sexo con el nombre y apellido de la madre y de su cónyuge (art 36 inc c ley 26413, reformado por la ley 26618)

De lo expuesto se advierte con claridad que los hechos que dan origen al presente caso no se encuentra contemplados ni por la regla tradicionalmente establecida en nuestro ordenamiento civil –que incluye a hijos matrimoniales y extramatrimoniales de uniones entre personas heterosexuales– ni por la incorporación que para los hijos de los matrimonios entre personas del mismo sexo establece la ley 26618.

Sin embargo –y es aquí donde me permito discrepar con las conclusiones esgrimidas por la magistrada actuante – tal omisión legislativa no puede traducirse, sin más, en una decisión judicial desentendida del resto del resto del ordenamiento legal ni mucho menos de los principios constitucionales en juego pues en tal delicado actuar, radica, en esencia, la función constitucional de los jueces en nuestro sistema de derecho.

En otras palabras, los hechos que dan sustento al presente caso exigen una labor hermenéutica por parte de la jurisdicción tendiente a completar la laguna que presenta nuestro ordenamiento jurídico positivo respecto de los hijos nacidos de uniones convivenciales entre persona del mismo sexo.

En este punto, discrepo con la interpretación efectuada por la magistrada de la instancia inferior según la cuál no resulta discriminatorio el rechazo de la filiación del niño F. como hijo de A. G. sobre la base de considerar que la progenitora del niño y su conviviente gozan de (1) la posibilidad de celebrar matrimonio y, una vez casadas, de (2) recurrir a la adopción integrativa (fs.183 y 184 vta).

Ello pues, en mi opinión, una

razonable interpretación de los mandatos constitucionales de autonomía e igualdad debe orientarse hacia el reconocimiento de la protección del derecho de las personas a casarse pero también a elegir no hacerlo. En igual sentido, el mandato de igualdad veda la posibilidad de considerar la orientación sexual de los adultos como condición para el reconocimiento de los derechos de los hijos (art 16,19 , 20, 28 y ccs. CN).

Más concretamente considero que a partir de la ratificación por parte del Estado Argentino de los instrumentos de derechos humanos y en especial a partir de la sanción de la ley 26618 no queda espacio para reputar como justificada una decisión que implique una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas (CN art. 16 y 75 inc.22, CIDH “ Atala Riffo” (2012)). En particular, entiendo que la incorporación de la ley 26618 a nuestro ordenamiento jurídico positivo supone la necesidad de admitir la prohibición con carácter general de cualquier decisión o práctica fundada en prejuicios o estereotipos basados en la orientación sexual (art. 42 y ccs. ley 26618)

Sobre este punto, se ha señalado que “El problema es la falta de reconocimiento: lo problemas de violación del mandato de igualdad (en este caso la falta de desarrollo legislativo suficiente respecto de la regulación del matrimonio y , en su defecto, de activismo judicial) no se dan solo por por distribución desigualitaria de bienes económicos-sociales, sino también por la distribución desigualitaria del reconocimiento (injusticia simbólica)” (**Clérico Laura**, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en **Aldao M. y Clérico L.**(Coord), op.cit., p.169)

A ello resulta preciso agregar que nuestro texto constitucional reconoce un concepto amplio y plural de familia que se expresa, en nuestro ordenamiento legal, en el reconocimiento de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo (arts 75 inc. 22 y 14 bis *in fine* y ley 26618).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En esta línea, resulta ilustrativo recordar lo resuelto por esa Corte al afirmar que “...El matrimonio, como una de las formas de constituir la familia, cuenta con reconocimiento expreso en los tratados(...)Es de hacer notar, sin embargo, que la existencia de **otras construcciones familiares** distintas al matrimonio, también están presentes en sus textos, aunque su admisión resulte **implícita: de la equiparación de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales se desprende la recepción de las uniones de hecho** (arts. 17, último apartado, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 inc. d, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, Convención de los Derechos del Niño; Ac. 48.914, sent. del 17-II-1998). **En la fuente de vínculos nacidos después del divorcio**, entre padres e hijos se reconoce el surgimiento de nuevas estructuras familiares que perduran tras la ruptura matrimonial (arts. 3, 5, 9.3, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; Ac. 87.970, sent. del 5-XI-2007). **En el entramado de manifestaciones familiares fruto de uniones de personas divorciadas con hijos**, familia ensamblada refleja otra realidad distinta a la familia nuclear matrimonial (Ac. 93.525, sent. del 4-VII-2007); **en el acceso de igualdad de oportunidades y de trato al goce de sus derechos de parte de sus integrantes especialmente la mujer, los discapacitados y los niños**, es visible que la familia monoparental amerite ser registrada de algún modo (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ac. 76.548, sent. del 30-V-2001; Ac. 84.856, sent. del 26-II-2003; Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006 y sus citas); **en otra dimensión social**, la familia ampliada o comunitaria también es aceptada (art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño; ver mi voto en Ac. 96.451, sent. del 4-VI-2008). En vista a esta construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75 inc. 22 de la Const. nac.) y en el art. 14 bis última parte de la Constitución nacional, el **concepto amplio de familia** es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el **principio protectorio de la familia** debe receptor este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único

arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, **se dejaría sin protección y sin respuesta** a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica. Incluso, en esta nota particular de cada uno de los modelos familiares, y sobre la base del reconocimiento expreso al matrimonio en los tratados, que es indispensable proteger, cabe distinguir que en ella se generen mayores derechos y deberes que no se producen en forma semejante en una convivencia no basada en el matrimonio. No obstante ello, la familia, **en todas sus formas**, debe cumplir el **rol instrumental de servir al hombre como medio de realización familiar, y por lo tanto no puede desconocerse esta función en el análisis de cada una de ellas.**” (SCBA, C97295, sentencia del 21 de marzo de 2012).

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir con suficiencia la improcedencia de una decisión judicial que condicione el reconocimiento de los derechos del niño a la celebración del “matrimonio” entre sus progenitores/as.

b) Sin perjuicio de ello, no cabe desconocer que el reconocimiento legal del derecho a celebrar matrimonio entre personas del mismo sexo ha implicado una “ruptura” con el ideal regulativo de la familia – en general– y del matrimonio – en particular– tenido en miras por nuestro ordenamiento civil.

Sobre este punto, la doctrina ha destacado que “ La reforma [en relación con la sanción de la ley 26618] impacta al derecho de familia en al menos dos niveles. En primer lugar implica una serie de cambios y adaptaciones en diversas institucionales del derecho de familia (...) En segundo lugar, estos cambios y adaptaciones desafían, por decirlo de algún modo, a aquellas instituciones del derecho de familia que “ e han quedado atrás”. Este desafío abre, a su vez, la cuestión de cómo piensan el derecho aquellos que trabajan con el derecho de familia en particular y los operadores jurídicos en general...” (Aldao Martín, “ El matrimonio igualitario y su impacto en el derecho de familia: antes y después de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

al reforma”, en **Aldao Martín y Clérico Laura** Coordinadores, *Matrimonio Igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas.* , Eudeba, Buenos Aires, 2010, p.171)

Este impacto no ha sido ajeno a la regulación vinculada con la determinación filial. Al respecto se expresó que “La regulación legal de la determinación filiatoria responde a un modelo familiar heteronormativo, sustentado en el cumplimiento de deberes matrimoniales propios con un concepto cultural y jurídico de matrimonio heterosexual. No obstante, como otros conceptos de base cultural, el de “matrimonio” también se ha modificado. Se trata de una modificación que adquirió entidad jurídica al ser receptada por la ley y que profundiza la ya instalada decisión entre sexo y procreación. Es decir durante un largo tiempo, matrimonio-sexo-procreación-familia formaron una unidad compacta que fijaba una modalidad de organización social “bendecida” por el ordenamiento jurídico” (**Pellegrini María Victoria**, “Determinación de la filiación, pasado, presente, futuro”, Revista de derecho de Familia, Abeledo Perrot, Noviembre 2011, nro 52)

En relación con el impacto que la ley de matrimonio igualitario ha generado en el campo del derecho filial, la mayor parte de la doctrina se inclinó por interpretar que la aplicación de la presunción de paternidad del artículo 243 a los matrimonios entre dos mujeres resulta la solución implícitamente admitida por la ley 26618 de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 172 del Código Civil, 36 inc c) de la ley 26413 y 42 de la ley 26618. (**Kemelmajer de Carlucci Aída- Herrera Marisa- Lamm Eleonora**, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, LL online; **Famá María Victoria**, *La filiación*, op.cit; **Famá, María Victoria** “Padres como los demás. Filiación y homoparentalidad en la ley 26618 de matrimonio igualitario”, Revista de derecho de Familia, Abeledo Perrot, 2011; **Pellegrini María Victoria**, “Determinación de la filiación, pasado, presente, futuro”, op.cit; **Fortuna Sebastián**, “Comentarios a la normativa sobre técnicas en

reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación; **Solari Néstor** “Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26618”, Revista de Familia y de las Personas, año III, nro 5, La Ley, Buenos Aires, 2011, entre muchos otros)

Sobre este punto la doctrina ha puntualizado que “ En especial entre las parejas del mismo sexo – incapaces de engendrar en forma natural – la voluntad procreacional es precisamente la máxima por excelencia a la hora de determinar la filiación de un niño, pues además es la regla reinante en materia de fertilización asistida. En tal sentido, es posible considerar que se presumen hijos de la cónyuge de la madre biológica aquellos nacidos durante el matrimonio, pues es razonable y esperable que tales niños hayan sido deseados y buscados por ambas mujeres (...) “ En definitiva, en virtud de todo lo expuesto, parece posible considerar que la presunción sentada en el artículo 243 del Cciv resulta extensible a los matrimonios del sexo femenino y, en consecuencia, determina de pleno derecho la comaternidad de la cónyuge de la mujer que dio a luz al niño durante el matrimonio y dentro de los plazos que la norma establece; quién será llamada también “madre” del hijo. Y será “Madre” no porque – como refiere el Diccionario de la Real Academia Española en un primer sentido de la palabra – sea la “ hembra que ha parido” sino porque ha compartido con la madre biológica la voluntad procreacional, es decir, el deseo de procrear y asumir la responsabilidad en la crianza y educación de ese niño. Esta añeja concepción biologicista del término “madre” no puede sostenerse en el estado actual de nuestro ordenamiento civil, no sólo frente a la legitimación de los matrimonios del mismo sexo, sino porque ya resultaba anacrónica desde la sanción de la ley 13252 del año 1948 que incorporó la filiación por adopción, descartada en su momento por Veléz Sarsfield (...)la amplia aceptación doctrinaria que ha tenido en nuestro país la aplicación de la presunción de paternidad del marido frente a la fertilización heteróloga es una argumentos más, favorable a la extensión de lo normado por el art. 243 a los matrimonios del mismo sexo, en especial cuando el hijo también nació como fruto de estas técnicas. En



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

efecto ¿cuál sería la razón para aplicar tal presunción al marido y no a la cónyuge de la madre? En ninguno de los dos casos existe vínculo biológico entre el cónyuge y el hijo; pero en ambos la voluntad procreacional se alza como principio determinante para la filiación” (**Famá María Victoria**, La Filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal. Abeledo Perrot, 2011, p.142)

Siguiendo esta línea de interpretación –y con apoyo en precedentes jurisprudenciales de su jurisdicción– el Registro de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha decidido adoptar una resolución con carácter general que entre sus considerandos destaca que “... si bien es cierto que la modificación en materia matrimonial efectuada por la ley 26618, no manifiesta una reforma de las disposiciones de filiación del Código Civil, cierto es que, la interpretación armónica y extensiva en el sentido amplio, de la norma de los arts. 242 y 243 del precitado cuerpo legal, podrá establecer que la filiación de un niño/a queda determinada por el hecho del nacimiento y la asimilación que brinda la institución del matrimonio para la cónyuge que no ha dado a luz. Que a ello se suma la cláusula genérica del art.42 de la ley 26618, como regla de interpretación y voluntad del legislador, que establece que los integrantes de las familias, cuyo origen este constituido por las personas del mismo sexo, así como un matrimonio de personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones y que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones” (Resolución 38/12)

En esta misma línea resulta preciso señalar que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora a “ la voluntad procreacional” como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida que se incorpora como una nueva fuente de la filiación en cuyos supuestos regirá la presunción de filiación matrimonial sólo si el o la cónyuge prestó el consentimiento previo correspondiente (art. 558, 566y ss). De ello se advierte con claridad que ha sido la voluntad del legislador reconocer el

derecho de los niños a la “doble filiación” en los casos en que se ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida sin distinguir entre las uniones matrimoniales o convivenciales de diferente o del mismo sexo.

Llegado a este punto del argumento en orden con la aplicación de la presunción de la paternidad matrimonial a los matrimonios entre dos mujeres, considero que el arraigado principio cardinal de equiparación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales nos brinda una única solución posible: el acceso de los hijos de uniones convivenciales del mismo sexo a la doble filiación. Es que, en mi opinión, el precursor principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales sienta las bases para el reconocimiento de la doble filiación de los niños hijos de parejas del mismo sexo al impedir que se menoscaben legítimamente derechos de los hijos en razón del proyecto de vida familiar que elijan sus padres – y muchos menos, en “razón” de la orientación sexual –. Dicho de otro modo, una solución que admita una distinción en tal sentido resultaría violatoria de los derechos fundamentales de los niños, cuyo primordial interés, por lo demás, se debe atender.

Al respecto resulta sabido que el principio del interés superior del niño resulta una pauta interpretativa esencial e insoslayable que implica la máxima y simultánea satisfacción integral de sus derechos. En el caso no se advierte qué derechos de F. resultan protegidos por la decisión judicial que rechaza la pretensión encaminada a asegurar sus derechos fundamentales a la doble filiación, a la inmediata registración, al nombre y a la identidad, y a todos los derechos derivados del ejercicio de la responsabilidad parental que cabe reconocer a la Sra A. G., conviviente de la M. B. (art 3 CDN, OG14/2013, 3 Ley 26061, 4 ley 13298 y ccs.).

En suma, considero que si bien resulta cierto que la pretensión aquí planteada no se encuentra expresamente prevista en el ordenamiento legal vigente, no resulta menos cierto que una aplicación literal de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

artículos 250, 252 del Código Civil y 45 de la ley 26413 conducen a una conclusión desprovista de coherencia con el resto del ordenamiento constitucional y legal imperante. Más concretamente entiendo que a la luz del ordenamiento constitucional y legal citado no resulta posible legitimar argumentos que veden el acceso de F. a sus derechos fundamentales – como son la determinación de su filiación, su nombre, en definitiva, a su identidad– sobre la base de considerar la unión convivencial (y no matrimonial) entre las Sras B. y G., sin reparar en la esencialidad de los elementos de juicio que dan cuenta de que ambas decidieron desarrollar un proyecto de maternidad compartida (fs.145, 160/2 y 169/77 y vta.)

En virtud de estas breves consideraciones, es que considero preciso propiciar a VE que se haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto y se proceda a ordenar la inscripción del niño F. B. como hijo de la Sra A. G., por resultar adecuadamente acreditado en autos que ésta ha desarrollado junto con la progenitora del niño un proyecto de maternidad compartida.

Tal es mi dictamen

La Plata, 21 de abril de 2015.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.