



**EL INSTITUTO DE LA PLURIPARENTALIDAD Y SU RECEPCIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.**

TRABAJO FINAL DE GRADO

PALASIUK MARTÍN MIGUEL

D.N.I.: 32671008

Legajo: VABG58947

ABOGACÍA

2019

RESUMEN

El Trabajo Final de Grado trata sobre el instituto de la filiación múltiple. El mismo intenta exponer la realidad de este instituto en nuestro país, teniendo en cuenta distintas situaciones fácticas y su relación con el ordenamiento jurídico actual.

Para ello, se utilizará el método de investigación exploratorio mediante un Proyecto de Investigación Aplicada (P.I.A.) tratando de arribar a una comprensión e interiorización respecto a la pluriparentalidad en nuestra sociedad.

Se tendrá en miras el desarrollo de las T.R.H.A., su recepción legislativa y sus implicancias en nuestro derecho.

El avance de las T.R.H.A. permite una opción más a la hora de engendrar una persona. Ésta nueva posibilidad de concebir fue receptada por el legislador que la incorporó como fuente de filiación, sustentada o justificada en la voluntad procreacional de los individuos, sumándose a las ya conocidas legal y por naturaleza; regidas éstas últimas por el sistema binario, esto es, que los polos filiatorios no pueden ser más de dos.

Ahora bien, ésta nueva fuente de filiación, como dijimos, basada en la voluntad procreacional, permite la posibilidad de que tres (o más) voluntades concurren con la intención de crear vínculo filiatorio.

Es aquí, donde se presenta el problema. Estableciendo el Código Civil y Comercial de la Nación un *numerus clausus* de dos respecto a los vínculos filiatorios, ¿pueden existir tres o más?

PALABRAS CLAVE: Filiación múltiple, Técnicas de Reproducción Humana Asistida

(T.R.H.A.), voluntad procreacional, sistema binario, *numerus clausus*.

ABSTRACT

The Graduate Final Work deals with the institute of multiple filiation. It attempts to present the reality of this institute in our country, taking into account different factual situations and their relationship with the current legal system.

In order to do this, the exploratory research method will be used through an Applied Research Project (A.R.P.) trying to reach an understanding and internalization regarding pluriparentality in our society.

The development of the A.H.R.T., its legislative reception and its implications in our law will be taken into account. The advance of A.H.R.T. allows one more option when it comes to engendering a person. This new possibility of conceiving was accepted by the legislator who incorporated it as a source of filiation, supported or justified by the procreative will of individuals, adding to those already known legally and by nature; governed by the binary system, that is, the filiation poles cannot be more than two.

Now, this new source of sonship, as we said, based on procreational will, allows the possibility of three (or more) wills concurring with the intention of creating filiation bond. This is where the problem arises. Does the Civil and Commercial Code of the Nation establish a *numerus clausus de dos* with respect to filiation ties, can there be three or more?

KEY WORDS: Multiple filiation, Assisted Human Reproduction Techniques (A.H.R.T.), procreational will, binary system, *numerus clausus*.

Índice

Introducción	1
1. Descripción y Conceptualización Histórica de la Familia y las T.R.H.A.:	
1.1. Introducción	5
1.2. La Familia en el Tiempo	5
1.2.1. Los Comienzos de la Vida en Familia	5
1.2.2. La Familia en los Tiempos Modernos	6
1.2.3. Cambios en las Relaciones Familiares y su Correlación con el Derecho	7
1.3. Estudio de las T.R.H.A.	9
1.3.1. Definición de T.R.H.A.	9
1.3.1.1. Beneficiarios	10
1.3.2. Distintas Clasificaciones de las T.R.H.A.	10
1.3.2.1. Según el Grado de Complejidad	11
1.3.2.2. Según el Material Genético Utilizado	11
1.3.3. Breve Repaso Histórico de las T.R.H.A.	12
1.4. Análisis del Instituto Jurídico de la Filiación	13
1.4.1. Concepto Jurídico de Filiación	14
1.4.2 Filiación en el Derecho Civil Argentino	14
1.4.3. Nueva Ley de Matrimonio	15
1.5. Conclusión Parcial	16
2. Contextualización y Desarrollo del Instituto de la Pluriparentalidad:	
2.1. Introducción	17
2.2. Filiación por T.R.H.A. en el Ordenamiento Jurídico Argentino	17
2.2.1. Voluntad Procreacional. Elemento Volitivo	18

2.2.2. Presupuestos de Validez de la Voluntad Procreacional en las T.R.H.A.	20
2.2.3. Perfeccionamiento del Vínculo Filial por T.R.H.A.	22
2.3. Derecho de las Partes.....	23
2.3.1 Derechos de los Padres	23
2.3.1.1. Derecho a Formar una Familia.....	24
2.3.1.2. Cambio de Paradigma en la Estructura de la Familia. Su Adopción en Leyes y Jurisprudencia	26
2.3.1.3. El Avance Hacia la Autonomía de la Voluntad y Concepto de Familia	29
2.3.2. Breve Noción del Instituto de la Pluriparentalidad en el Derecho Comparado	31
2.4. Derechos del Niño	31
2.4.1. Interés Superior del Niño	32
2.4.2. Derecho a la Identidad	35
2.5. Conclusión Parcial.....	38
 3. El Instituto de la Pluriparentalidad. Su Abordaje Jurisprudencial y Doctrinario en el Marco Internacional y Nacional:	
3.1. Introducción	39
3.2. Concepto de Pluriparentalidad	39
3.3. Legislación a Nivel Internacional	40
3.4 Jurisprudencia a Nivel Internacional	42
3.4.1. Canadá	42
3.4.2. Estados Unidos.....	43
3.4.3. Brasil.....	46
3.5. El Instituto de la Pluriparentalidad en Nuestro País.....	49
3.5.1. Casos en Sede Administrativa.....	50
3.5.1.1. Caso “Antonio”	51

3.5.1.2. Caso “Furio”	53
3.5.2. Jurisprudencia Sobre el Instituto de la Pluriparentalidad	54
3.6. Conclusión Parcial.....	57
4. Conclusión Final	
4.1. Conclusión Final	58
Referencias	62

Introducción

Los avances en el campo médico han permitido desarrollar técnicas o procedimientos para engendrar una persona. Con el devenir de los tiempos, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) han implicado la disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad, por lo que hoy en día, es posible concebir hijos sin tener relaciones sexuales.

Ante esta realidad, en Junio del año 2013, se sancionó en Argentina la ley 26862¹ de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida que le da marco normativo a esta cuestión.

Frente a este nuevo paradigma, el legislador se encontró en la necesidad de tratar el tema y en la reforma al Código Civil² (nuevo Código Civil y Comercial C.C.yC.)³ incorporó esta modalidad como una clase de filiación. Filiación, en este caso, basada o teniendo como fuente la voluntad procreacional de los individuos; dejando en claro que sin importar la naturaleza de la filiación, no se puede exceder de los 2 polos filiatorios.

Así las cosas, no parecen presentar mayores inconvenientes. Pero la realidad nos muestra que la voluntad de ser padres puede provenir de más de 2 personas; y es allí, dónde surgen distintas cuestiones que van a servir de base del presente trabajo de investigación.

Filiación pluriparental, filiación múltiple, pluriparentalidad, son vocablos poco comunes; pero cuya habitualidad no está muy lejos, a medida que más y más personas se sometan a las

¹Ley N° 26862, 2013, Reproducción médicamente asistida, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

² Ley N° 340, 1871, Código Civil de la Nación Argentina. Derogado por ley 26994.

³ Ley N° 26994, 2015, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

T.R.H.A. y en las que intervengan 3 o más voluntades para la concepción y crianza de los niños nacidos con intervención de estas modalidades.

El derecho de familia es claro respecto a lo permitido en la filiación, pero no prohíbe de manera expresa lo no permitido, por lo que, con sustento en el C.C.yC.⁴, la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional⁵, diversas personas optan o eligen por nuevas formas o tipos de familias.

Hasta el momento, en nuestro país, no se conocen antecedentes legislativos que traten sobre la filiación pluriparental (salvo, supuestos aislados en casos de adopción). Tampoco abundan trabajos doctrinarios y los jueces tuvieron poca labor respecto al tema. Hoy en día, hay casos aislados que se resolvieron en sede administrativa por medio de los registros civiles y, en una sola ocasión, la resolución tuvo lugar en sede judicial.

He aquí, presentarse la justificación de la importancia de estudiar y/o tratar la problemática escogida, evidenciado el vacío legal respecto a personas y situaciones que no se encuentran amparados por la ley.

De lo esbozado, surge el interrogante o la necesidad de intentar esclarecer la tesitura de las personas que expresando su voluntad concibieron un hijo con ánimo de ser padres, extralimitando la normativa legal respecto a los vínculos filiales; delimitando sus derechos y obligaciones, como así también, intentar encuadrar los derechos del niño gestado.

De lo expuesto, aflora la intención de realizar el presente trabajo de investigación, partiendo del estudio de la ley 26862⁶ que es la destinada a regular la situación fáctica en que puede

⁴ Ley N° 26994, 2015, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

⁵ La Constitución Nacional y la legislación dictada en su consecuencia, Terrile R., Rosario, 2009.

⁶ Ley N° 26862, 2013, Reproducción médicamente asistida, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

presentarse este tipo de filiación; para luego intentar encuadrar los derechos y deberes concernientes a los posibles sujetos intervinientes, con miras en el derecho positivo de la República Argentina y en el derecho comparado. Con lo dicho hasta aquí, se plantea el siguiente interrogante que nos sirva de disparador del mismo:

¿Queda comprendido dentro del alcance de la normativa que regula las T.R.H.A. el denominado caso de la pluriparentalidad? Y ¿resulta éste coherente con el ordenamiento jurídico íntegramente considerado?

A este interrogante se buscará dar respuesta analizando el derecho argentino y el derecho comparado, así como la doctrina nacional e internacional; teniendo en cuenta, en todos los casos, la posición que adopten.

El desenvolvimiento del T.F.G. implica el desarrollo de 3 capítulos, etapas o fases y una conclusión final.

El primero denominado introductorio, tiene la finalidad de especificar, describir y situar históricamente las distintas instituciones jurídicas y situaciones fácticas, buscando delimitar de una manera integral el problema jurídico y los diversos factores influyentes.

Una vez enmarcado el problema jurídico, procederá la etapa de contextualización y desarrollo. En ésta se especificarán detalladamente los institutos jurídicos que intervienen para lograr un desarrollo integral de la pluriparentalidad basados en el derecho nacional y comparado siendo exhaustivo con respecto a todas las fuentes de distintas jerarquías.

En la tercera fase, descripta como problemática actual; se partirá del concepto y desarrollo de la filiación pluriparental, con el fin de proporcionar un tratamiento cabal respecto a la

admisibilidad de esta figura en nuestro ordenamiento. Se revisarán argumentos jurisprudenciales y doctrinarios; se identificarán tesis a favor y en contra, haciendo distinción entre las mismas

Por último, la conclusión final. Se realizará una ponderación de los argumentos disponibles valiéndose de lo desarrollado a lo largo de los capítulos anteriores y se intentará dar respuesta a la problemática planteada y a los interrogantes que pudieran surgir.

1. Descripción y Conceptualización Histórica de la Familia y las T.R.H.A.

1.1. Introducción

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación consideramos necesario o de gran utilidad realizar un repaso histórico de la “familia” para luego abordar la aparición de las T.R.H.A. y su incidencia en la misma. Posteriormente, se tratará el instituto de la filiación que es el destinado a regular los vínculos nacidos del uso, con éxito, de las T.R.H.A. (entre otros) para luego, intentar establecer la relación con el nuevo instituto de la pluriparentalidad.

1.2. Familia en el Tiempo

Llevaremos a cabo una revisión histórica, tratando de entender e interpretar el valor en sí y por parte de la comunidad respecto de la familia a lo largo de los años; Familia, en este caso, interpretada en sus comienzos como forma de organización de personas, a las distintas formas o clases en las que se puede presentar hoy en día.

1.2.1. Los Comienzos de la Vida en Familia.

Debemos, en un primer momento, “distinguir entre organizaciones familiares que tuvieron lugar en la era prehistórica y las configuraciones familiares que surgen en la era histórica” (Roudinesco, 2004, p.19). Remitiéndonos al origen de la familia que pueda constatarse, encontramos en la prehistoria dos teorías: la matriarcal y la patriarcal. La teoría matriarcal establece que, al decir de Krasnow (2016), “en una época primitiva donde imperaba la promiscuidad sexual, la paternidad era insegura y solo era notoria la maternidad. La madre era el centro y origen de la familia y el parentesco se consideraba por línea materna – parentesco uterino-” (p.1). Por su parte, la teoría patriarcal fundamenta negando la promiscuidad primitiva y sostiene que “[...] el padre fue el centro de la organización familiar. Según esta teoría, el origen

de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad” (Krasnow, 2016, p.1). Aquí, podemos ver a las claras que el origen de la familia es en función y con base en un sujeto, sea la madre o el padre; y las relaciones familiares son consideradas en virtud del vínculo con éstos.

1.2.2. La Familia en los Tiempos Modernos.

Siguiendo con el desarrollo de la temática, encontramos en la era histórica tres etapas o modelos en cuanto a la evolución de la familia. Así, podemos considerar que:

En un primer momento se ubica la familia “tradicional”, la cual respondía a un modelo jerárquico donde el hombre ocupaba el lugar de jefe respecto del resto de los miembros. En este contexto, adquiere importancia la familia nuclear conformada por la pareja unida en matrimonio y los hijos (Krasnow, 2016, p.2).

En esta etapa, se puede notar que, la valoración de la familia tiene sustento en el padre y la subordinación de los demás integrantes respecto al mismo. La subordinación era total, tanto emocional como económica; pudiendo éste, incluso, elegir las parejas para la celebración del matrimonio de sus hijos.

Luego, a finales del siglo XVIII, se da el comienzo de la edad moderna. El puntapié inicial y factor determinante de este momento histórico es la revolución industrial. La misma, implicó un cambio de hábitos de las familias y un nuevo modo de relacionarse de los individuos, dando nacimiento a una nueva sociedad que necesariamente repercutirá en la familia, su organización y las relaciones entre sus miembros. Es así que, siguiendo a Krasnow (2016), puede decirse que “En una segunda etapa y tras superar la tradición de los matrimonios arreglados, nos encontramos con la familia en la modernidad. Así, gana lugar el vínculo fundado en el

afecto”(p.2). Si bien, en esta etapa se logra cierta libertad de algunos de los miembros de la familia, al separarse tajantemente el lugar de trabajo y la vivienda, la valoración que se hace de la familia sigue en cabeza del padre y continúa la subordinación económica de los que viven bajo su mismo techo.

Veremos que este hecho, considerado como uno de los hitos más trascendentes de la historia, la llamada revolución industrial, no sólo produjo cambios sustanciales en el corto plazo en la sociedad y por consiguiente en la familia. Sus efectos y duración fueron la semilla para un nuevo tipo de sociedad en la que los individuos ganan en independencia y comienza a quebrarse el sistema patriarcal.

1.2.3. Cambios en las Relaciones Familiares y su Correlación con el Derecho.

Situándonos ya a mediados del siglo XX, se consolida el respeto por la autonomía personal y se produce una democratización de las relaciones familiares. A esta altura, podemos agregar que las transformaciones se presentan en el ámbito social y familiar, y que:

Respecto de la democratización de la familia, se observa: a) decaimiento de la institución del matrimonio y paralelo crecimiento de la unión libre; b) reducción de la autoridad en el interior de la familia; c) disminución de la natalidad; d) ingreso de la mujer al mundo laboral, profesional, social, económico, y cultural, y e) disociación entre reproducción y acto sexual [...] (Krasnow, 2016, p.3).

Observándose un atisbo del principio de igualdad entre las personas; iniciador del cambio de modo en las relaciones familiares, dando comienzo al traspaso de la modernidad a la posmodernidad, con el consiguiente cambio en las relaciones de subordinación por las de coordinación.

Estos cambios en el modo de relacionarse de las personas, miembros de una familia y la sociedad, se traslada y refleja de modo directo en el Derecho y como parte integrante de éste, en el derecho de familia donde se observa que “[...] el derecho de familia tiende a proteger a la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares, quedando atrás el modelo cuyo centro de protección jurídica era la familia” (Krasnow, 2016, p.4).

En este punto y lugar de la historia ya notamos las condiciones dadas para la evolución o el cambio que sufrió la familia desde todos sus aspectos, pudiéndole sumar en esta altura otro factor influyente que abre el panorama a nuevos cambios o sumar nuevas realidades, y que es lo que nos importa, siendo el ápice del presente trabajo de investigación; el avance, junto con los cambios sociales, culturales, económicos y de la sociedad toda, de la medicina, la biotecnología, siendo posible el despliegue de múltiples técnicas y procedimientos de asistencia, dando lugar a la posibilidad a nuevos tipos de familias que luego encontrarán o deberán encontrar regulación y amparo del derecho. Estos cambios, se ven reflejados en:

[...] la conformación de una pluralidad de tipos de familia: a) nuclear matrimonial; b) nuclear extramatrimonial; c) ensamblada; d) monoparental; e) formada por la pareja casada sin hijos; f) formada por la pareja conviviente sin hijos; g) adoptiva; h) constituida por medio del vínculo derivado de la tutela, curatela y/o guarda; i) monoparental o formada por una pareja, con hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción humana asistida (Krasnow, 2016, p.4).

Es así que notamos, como paulatinamente, el espectro de posibles familias se va ampliando, desde considerar o darle trato de familia a vínculos que antes no eran considerados o tenidos en cuenta por el derecho hasta la aparición de nuevas familias, posibles éstas por el uso de técnicas

médicas y que el derecho recepta considerando un nuevo vínculo de filiación basado, principalmente, en la voluntad procreacional de las personas.

Ante esta ampliación, en cuanto a la consideración de nuevas familias, aparece la pluriparentalidad; fenómeno que es posible por el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1.3. Estudio de las T.R.H.A.

Para interiorizarnos, aún más, abordaremos un breve estudio de las T.R.H.A. El mismo consistirá en tratar de establecer un primer acercamiento al tema referido, tratando de dar distintos conceptos con el fin de arribar a una primera percepción que nos permita empaparnos de la temática escogida.

1.3.1. Definición de T.R.H.A.

Las T.R.H.A. son procedimientos médicos tendientes a la obtención de un embarazo. Puntualmente, la ley 26862⁷ establece que: “[...] se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo” (Art.2). Siguiendo con la intención de definir o dar un primer acercamiento al tema bajo estudio podemos mencionar lo publicado por Dorin y Giacchetta(2012)en el Congreso de Derecho Privado para Estudiantes y Jóvenes Graduados realizado en la ciudad de Buenos Aires “Se denominan Técnicas de Reproducción Asistida a todos aquellos procedimientos por medio de los cuales se trata de acercar en forma artificial las gametas femeninas y masculinas con el objeto de producir un embarazo” (p.4).Podemos sumar lo publicado por Cubillos (2013) en el trabajo de investigación presentado ante la Universidad de Cuyo que reza lo siguiente “[...] una serie de técnicas han sido elaboradas en los últimos decenios con el fin de facilitar y obtener

⁷Ley 26862, 2013, Reproducción médicamente asistida, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

el encuentro entre el óvulo y espermatozoide, que son las denominadas “técnicas de reproducción asistida” (p.6).

1.3.1.1. Beneficiarios.

El art. 7 de la mencionada ley reza textualmente lo siguiente: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.” De lo expresado se desprende, entre otras cuestiones y en consonancia con el C.C.yC., que podrán ser beneficiarios las personas mayores de 18 de años de edad (art. 128).

1.3.2. Distintas Clasificaciones de las T.R.H.A.

En busca de esa finalidad, a decir, la unión exitosa de espermatozoide y óvulo, la medicina ha desarrollado y emplea distintas técnicas o medios para intentar lograr este objetivo. Dependiendo de la necesidad de los pacientes, las técnicas o procedimientos varían. Puede suceder que la no concreción del embarazo deseado o la búsqueda de asistencia médica de las personas resulte de distintas causas, entre las que pueden mencionarse la infertilidad, tanto del hombre y/o de la mujer, la imposibilidad biológica, por ser personas del mismo sexo; como así también por decisión del futuro progenitor, en el supuesto de madre soltera, o de los futuros progenitores.

Atendiendo a la situación particular en que las T.R.H.A. puedan emplearse o ser requerida su implementación, se dan una serie de clasificaciones atendiendo o teniendo en cuenta distintos factores.

1.3.2.1. Según el Grado de Complejidad.

Así, podemos mencionar la clasificación efectuada por el Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS, 2017)⁸:

La primera clasificación se refiere a la mayor o menor complejidad de la técnica; en este sentido, se observan técnicas de baja (inseminación) y alta complejidad (in vitro e ICSI). La segunda, según se utilice material genético de la propia pareja o de un tercero –donante, que puede ser anónimo o conocido-, es decir, fertilización homóloga en el primer supuesto o heteróloga, en el segundo caso.

Siguiendo el orden de la anterior clasificación, en lo que respecta a la complejidad de las técnicas, podemos citar a María Lembo (2017) que distingue las técnicas en:

De baja complejidad aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, ya sea mediante inseminación con semen de la pareja o de un donante; y se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro y la criopreservación de ovocitos y embriones, entre otros procedimientos (p.3).

Podemos notar que, la distinción relevante entre ambas técnicas, en este caso, es el lugar donde se produce la unión del óvulo con el espermatozoide.

1.3.2.2. Según el Material Genético Utilizado.

Continuando con el análisis de la clasificación, importa también, hacer distinción del material genético utilizado; así, puede distinguirse el utilizado de la propia pareja, de un tercero a la

⁸ Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, 2017.

pareja o de un tercero a una persona sola. Estas situaciones pueden importar técnicas de baja o alta complejidad, pero toma relevancia el aporte del tercero donante que, como dijimos, puede ser conocido o anónimo.

De lo expuesto, puede dilucidarse que el campo de las T.R.H.A. es muy vasto y que, a medida que avance la ciencia médica, pueden surgir nuevos métodos que importen nuevas formas de concebir.

1.3.3. Breve Repaso Histórico de las T.R.H.A.

Haciendo alusión al avance histórico, adherimos a lo expuesto por Marisa Herrera (DELS, 2017)⁹ que establece como un momento trascendental respecto a las T.R.H.A. el nacimiento de Louise Brown, la denominada “primera niña de probeta”, ocurrida en Gran Bretaña en el año 1978; que si bien hace referencia a una técnica específica de reproducción asistida, a decir, la técnica compleja de fecundación in vitro, marcó un antes y un después en este campo médico. Dentro de este repaso histórico consideramos, además, lo publicado por el Instituto Nascentis¹⁰ de gran importancia, en cuanto a los inicios (documentados) de la inseminación artificial ocurrida también en Gran Bretaña, allá por el año 1776, cuando se llevó a cabo el primer “embarazo con ayuda” realizado por el cirujano John Hunter que con una jeringa depositó en la vagina de una mujer semen de su marido, logrando un embarazo.

A partir de allí, esta rama de la medicina no ha parado de crecer, llevándose a cabo numerosas inseminaciones y estudios, incluso con animales.

⁹ Herrera, M. Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, 2017.

¹⁰Nascentis, Especialistas en Fertilidad y Genética Reproductiva.

Sumando a esta cuestión, y para ir enfocándonos dentro de la temática del presente trabajo, debemos mencionar lo atinente a la inseminación artificial realizada o llevada a cabo con material de donante. Es así que según Clara Gualano¹¹, puede decirse que:

La primera inseminación con semen de donante se realizó en 1984, en Philadelphia y desde ese momento, se abrieron infinitas posibilidades, tanto para parejas con problemas de fertilidad como para parejas de dos mamás, dos papás y madres solteras. La figura “donante” irrumpió como categoría nueva, no papá, no mamá: “donante”, es decir, quien aporta una de las gametas para hacer posible la maternidad o paternidad deseada (no posible fisiológicamente).

Tanto las T.R.H.A. en sí mismas, como la intención o la necesidad de someterse o hacer uso de ellas, ha ido variando y desarrollándose incesantemente, desde aquellos primeros tiempos en que nacen o aparecen para solucionar problemas de fertilidad o concepción de un embarazo, hasta nuestros días en los que se encuentran, además, como una opción para aquellas personas imposibilitadas por cuestiones inherentes a su condición. Es por esto, que toma una nueva relevancia la cuestión basada y fundamentada, principalmente, en la voluntad de las personas que eligen concebir bajo la intervención de estas técnicas.

1.4. Análisis del Instituto Jurídico de la Filiación

La filiación es un instituto dentro del derecho de familia. Hoy en día, es establecida y regulada por la ley, en casi todos los países u ordenamientos del mundo. Podemos decir, que los sistemas normativos en cuyo fin buscan regular las relaciones de y entre las personas, dotan con ciertos efectos a distintas situaciones y, particularmente a la que estamos estudiando, la delimitan

¹¹https://www.clarin.com/entremujeres/hogar-y-familia/hijos/hijos-nacidos-reproduccion-asistida-pregunta-origen-cuentos-infantiles-explicarles_0_SJ9IC6ugZ.html

como el vínculo jurídico entre hijos y padres, para luego establecer derechos y deberes entre las partes.

1.4.1. Definición Jurídica de Filiación.

El término filiación, como muchos, tiene una amplitud de significados, atendiendo a las circunstancias en que se emplee. En nuestro caso, nos interesa la toponimia jurídica, por la cual trataremos la misma de una manera que nos permita indagar y repetir, lo más fielmente posible, en concordancia con la descripción que estamos buscando.

Por lo expuesto, mencionamos la acepción brindada por Rosell (1992) que dice:

La filiación debe ser entendida como: el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado (p.217).

Sumando a la intención de tener una dimensión cabal del concepto, podemos sumar al presente trabajo lo publicado por Bárbara Ariño y Manuel Faus¹² que rezan, “La filiación es la procedencia, ya sea biológica o jurídica, de un hijo respecto de sus progenitores, de la que derivan una serie de derechos y obligaciones.”

1.4.2. Filiación en el Derecho Civil Argentino.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina¹³ es el encargado de regular el instituto de la filiación en todo el territorio de la república. El mismo, en su art. 558 establece: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.” De lo dicho, se desprende la intención del legislador de establecer las fuentes de

¹²<https://practicos-vlex.es/vid/filiacion-concepto-clases-583763374>

¹³Ley N° 26994, 2015. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

la filiación. Entendemos, que esa intención se establece para acto seguido determinar la igualdad de sus efectos.

En la continuación con la redacción del citado art., en su último párrafo, el codificador deja en claro que no se puede exceder de los dos polos filiatorios (sistema binario), es decir que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales” (art.558 *in fine* C.C.yC.). Dejando en claro, que está permitido en menos pero no en más de dos establecer parentesco de hijos con sus ascendientes (*numerus clausus*), descartando la posibilidad de que una persona cuente o posea 3 o más y dejando por sentado que no es admisible la llamada “filiación múltiple”; sólo aceptándola en casos de adopción, teniendo en miras el interés superior del niño.

1.4.3. Nueva Ley de Matrimonio.

Con la sanción de la ley de matrimonio civil¹⁴ (conocida como ley de matrimonio igualitario), en Julio de 2010, Argentina se convierte en el primer país de América Latina en reconocer el derecho a matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha ley, en su art. 2¹⁵, determina la misma exigencia de requisitos y establece los mismos efectos para los contrayentes, con independencia de sus respectivos sexos.

Este nuevo paradigma, se convirtió en terreno propicio para que personas que se encontraban fuera de la ley o, mejor dicho, no contaban con una regulación que proteja sus intereses, comienzan a regularizar su vida en familia y, a su vez, se abre la posibilidad para aquellos que opten por nuevos tipos de familia.

¹⁴Ley de Matrimonio Civil. Ley N° 26.618. Código Civil. Modificación. Sancionada el 15 de julio de 2010.

¹⁵ Ley N° 26618. Art. 2° — Sustitúyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Con el correr del tiempo, diversas personas, principalmente parejas constituidas por mujeres, recurren al uso de las T.R.H.A. para concretar el sueño de la familia propia.

1.5. Conclusión Parcial

En orden a lo expuesto, y siguiendo el hilo narrativo, el lector puede realizar el recorrido temático. Comenzando por la familia, sus orígenes, cambios y evolución de las relaciones familiares; seguidamente, puede sumarle el hecho de la aparición de las T.R.H.A., en todas sus formas y variantes; para luego, definir qué tipo de vínculo filiatorio involucra a ese tipo de familia en el que participaron voluntariamente 3 personas en la formación, y anhelan ser progenitores de un niño. Considerar a posteriori, en razón de los hechos, que la situación es amparada jurídicamente después del cambio de realidad legal, con la sanción de la ley de matrimonio civil en la República Argentina.

2. Contextualización y Desarrollo del Instituto de la Pluriparentalidad

2.1. Introducción

Atendiendo a la complejidad del tema que nos ocupa, y teniendo en cuenta la novedad, se podría decir mundial, intentaremos especificar detalladamente los institutos jurídicos que intervienen para lograr un desarrollo integral de la pluriparentalidad.

Atento a la carencia, en nuestro ordenamiento, de un concepto específico del instituto jurídico de la pluriparentalidad, encararemos el presente capítulo desde los sujetos que componen la filiación, a decir, padre e hijo. Estudiaremos los institutos jurídicos que surgen de la relación de las partes y los derechos y obligaciones de cada uno. Además examinaremos diversas leyes y tratados que atraviesan la figura analizada en el presente trabajo.

2.2. Filiación por T.R.H.A. en el Ordenamiento Jurídico Argentino

El Código Civil de Vélez¹⁶, contemplaba dos fuentes de filiación, por naturaleza y por adopción. En la reforma al Código velezano el legislador incorpora una tercera fuente de filiación, plasmando en el art. 558¹⁷ que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción surtiendo estas tres los mismos efectos.

Esta tercera fuente de filiación se fundamenta en la voluntad procreacional de las personas de ser padres mediante el uso o por intervención de técnicas de reproducción humana asistida. Respecto al elemento volitivo indispensable para llevar a cabo este tipo de cometido, la ley

¹⁶ Ley N° 340, 1871. Código Civil de la Nación. Derogado por ley 26994.

¹⁷ Ley N° 26994. Art. 558: Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. 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 o 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.

26862¹⁸, su decreto reglamentario 956/2013¹⁹ y el Código Civil y Comercial²⁰ contemplan una serie de requisitos necesarios para considerar válida esta nueva fuente de filiación y que serán desarrolladas a posteriori.

2.2.1. Voluntad Procreacional. Elemento Volitivo.

En las técnicas de reproducción humana asistida, como se ha mencionado anteriormente, el elemento volitivo adquiere importancia suprema dado que es la voluntad de quienes desean ser padres lo que da nacimiento al vínculo filial con el hijo. De esta manera Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2012) establecen que “[...] 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” (p.3).

Como se dijo al principio de este capítulo, el Código Civil y Comercial crea una nueva fuente de filiación con basamento en la voluntad procreacional a través de la utilización de T.R.H.A. Si bien en la adopción también toma relevancia el elemento volitivo, se diferencian en que en el primer supuesto la voluntad procreacional está presente antes del nacimiento del menor, y en el segundo supuesto la voluntad toma dimensión luego del nacimiento del niño/a. La claridad en esta distinción es tomada por Lamm (2012) quien sostiene que:

[...] mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo (p.82).

¹⁸ Ley N° 26862. Reproducción médicamente asistida. Procedimientos y técnicas médico-asistenciales.

¹⁹ Decreto Reglamentario 956/2013. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N) 19-jul-2013.

²⁰Ley N° 26994, 2015. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Determinando el vínculo filial del nacido bajo esta técnica, y creando la fuente filial por voluntad de los intervinientes, el art. 562 del Código Civil y Comercial establece que los nacidos por T.R.H.A. son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. La redacción de este artículo no permite crear vínculo filial entre dos hombres (que desean ser padres) ya que la mujer biológicamente es la que puede dar a luz, y no así el hombre, como establece el artículo. Tampoco podría una mujer que desea ser madre pero no puede biológicamente (infertilidad por ejemplo), formar una familia monoparental con utilización de las técnicas de reproducción humana asistida recurriendo a otra mujer que lleve adelante la gestación del menor, sin ánimo esta última de procurar parentesco filial con el niño/a por nacer, y al nacimiento inscribirla como hijo/a de quien expresó la voluntad de crear el vínculo.

La redacción original del art. 562 en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial permitía la maternidad subrogada pero, de acuerdo a lo dicho por Merlo (2013) “se suprime la gestación por sustitución que estaba regulada en el art. 562 originario, por los dilemas éticos, morales y jurídicos que la misma conlleva”(p.3). Podría considerarse que este artículo nace viejo con la sanción del Código Civil y Comercial, dado que varias personas llevan a los estrados judiciales el planteo de la inconstitucionalidad del art. 562 para solicitar la gestación por sustitución mediante técnicas de reproducción humana asistida, y posterior emplazamiento del menor nacido, en cabeza de la persona que tuvo el deseo de ser madre o padre y, por ende, la voluntad de generar el vínculo filiatorio. Es numerosa la jurisprudencia que se enuncia sobre tal inconstitucionalidad; lo que genera un desgaste tanto procesal como psicológico y monetario; basándose en el art. 19 de la Constitución Nacional el cual determina que ningún habitante de la

Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, y en nuestro país no está expresamente prohibido la gestación por sustitución. Algunos de los fallos que pueden enunciarse son “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”²¹, “A., M. T. y Otro – Solicita Homologación”²² y “Otros s/Filiación”²³, en todos se declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del C.C.yC .y en definitiva se permitió que una persona geste, mediante técnica de reproducción humana asistida, y ordena el emplazamiento del menor nacido bajo esta técnica como hijo de quien tiene el mérito de la voluntad procreacional.

2.2.2. Presupuestos de Validez de la Voluntad Procreacional en las T.R.H.A.

Para aproximarnos al estudio del instituto en cuestión, en dable decir que se requiere indispensablemente el consentimiento previo de las personas que se someten al tratamiento de técnicas de reproducción humana asistida, como así también de quien aporta el material genético. Claro que este consentimiento debe otorgarse con antelación a la práctica y desarrollo de dichas técnicas y, de esta manera el art. 560²⁴del Código Civil y Comercial, establece que dicho consentimiento debe ser previo, informado y libre otorgado por las personas que se someten al uso de las T.R.H.A. El mismo debe ser otorgado, con la emisión de información clara, precisa y adecuada del profesional interviniente como así lo establece el art. 5 de la ley 26529²⁵, y el art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁶, que tienen por finalidad dotar a la persona de

²¹Juzgado de Familia de la 7ma Nominación de la ciudad de Lomas de Zamora (30 de Diciembre de 2015)

²²Juzgado de Familia de la 1era Nominación de la ciudad de Córdoba (06 de Agosto de 2018)

²³Juzgado de Familia de la 5ta Nominación de la ciudad de Rosario (27 de Mayo de 2016)

²⁴ Ley N° 26994. Art. 561: Forma y requisitos del consentimiento. 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.

²⁵ Ley 26529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Reformada por ley 26742.

²⁶Ley N° 26994, 2015. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

fundamento para aceptar o rechazar los actos médicos propuestos por el profesional de la medicina, y las consecuencias que tendrán dichos actos sobre su salud y su cuerpo.

En relación al consentimiento otorgado para la extracción de material genético y la posterior utilización del mismo en técnicas de reproducción humana asistida, Herrera y Lamm sostienen que:

[...] si se utiliza el material genético en fresco, o sea, directamente luego de su extracción sin que se lo crioconserva, sólo basta ese consentimiento otorgado, sin perjuicio del consentimiento para la extracción; en cambio, si se procede a la crioconservación de los gametos o embriones, ante un nuevo procedimiento para otra transferencia, el consentimiento debe prestarse una vez más (p.85).

El consentimiento otorgado es libremente revocable en cualquier momento del tratamiento o antes del inicio de la inseminación, en las técnicas de baja complejidad; mientras que en técnicas de alta complejidad es revocable hasta antes de la implantación del embrión en la persona (Rodríguez Ituburu, 2015).

A su vez el art. 561 del Código Civil y Comercial textualmente establece que “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 debe recabarse en el establecimiento médico especializado donde se realiza la práctica de reproducción humana asistida. El art. 4 de la ley 26862 crea un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida, y en el cual quedan incluidos los

establecimientos médicos donde funcionan bancos receptores de gametos y/o embriones. El concordante art. 5 del mismo cuerpo legal establece que los procedimientos de reproducción humana asistida sólo pueden realizarse en establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud, que es la autoridad de aplicación, de acuerdo a lo regulado en el art. 3 del decreto reglamentario 956/2013.

Los registros enunciados en el párrafo anterior, a su vez, funcionarán en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) en la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente de la Subsecretaría de Políticas, Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud.

2.2.3. Perfeccionamiento del Vínculo Filial por T.R.H.A.

El nacimiento del menor por T.R.H.A. debe ser correctamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que, de acuerdo al art. 559 del Código Civil y Comercial los certificados de nacimiento serán redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Los centros médicos especializados en T.R.H.A. deben conformar un legajo que contenga los datos personales del aportante del material genético, junto con información médica y otros datos de interés, donde se deberán agregar copias del convenio celebrado con el centro de salud y el consentimiento informado del aportante para luego remitirlo al Registro Único creado por el art. 4 de la ley 26862 y su decreto reglamentario. En caso de que el menor nazca con vida se remitirá

este legajo al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, que constituirá el legajo base para la inscripción del nacimiento.

La información relativa al nacimiento de personas mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, es accesible para el beneficiario solo en casos acotados legalmente y regulados en el art. 564 del C.C.yC. que regula que solo se podrá obtener información sobre datos médicos del donante, cuando es relevante para su salud; y podrá revelarse la identidad del donante solo por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Fuera de estos casos no se permite la información del nacimiento por T.R.H.A.

2.3. Derecho de las Partes

En este punto, desarrollaremos los derechos fundamentales de las partes, que se relacionan y acreditan el tema tratado en el presente trabajo de investigación. Por un lado el enfoque recae desde el punto de vista de los padres, y por el otro haremos hincapié en los derechos fundamentales del menor. Los derechos serán desarrollados de acuerdo a la legislación que tenga cada uno de ellos en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, Constitución Nacional, Código Civil y Comercial, leyes que componen nuestro ordenamiento interno y jurisprudencia al respecto. Para finalizar el apartado se desarrollara el progreso de la autonomía de la voluntad y su vinculación con en el derecho de familia, como así también los avances en la familia y su concepto, con una breve mención final del instituto de la pluriparentalidad.

2.3.1. Derechos de los Padres.

En cuanto al derecho que concierne a los padres, destacaremos el derecho que tiene toda persona a formar una familia, independientemente de la organización familiar adoptada, como se

verá en el transcurso del presente apartado, y la finalidad que tiene el ordenamiento de protegerla en todas sus formas.

2.3.1.1. Derecho a Formar una Familia.

El derecho a formar una familia es un derecho natural básico del que todas las personas en calidad de tal somos titulares. Es el Estado a través del dictado de normas positivas el que debe garantizar la existencia y protección del mismo. Tal es así que Chávez Hernández (2006) sostiene que “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” (p.125).

Este derecho se fue regulando en incansables normas positivas del ordenamiento interno, y conjunta y complementariamente, se da su reconocimiento, en diversos Tratados Internacionales componentes del bloque constitucional que alcanza la supremacía legal.

El desarrollo comenzará por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 en el que se muestra en la simple lectura de cada uno de ellos, que toman a la familia clásica, un padre y una madre con derecho a formar una familia y las garantías que el Estado expone para la protección de la misma.

Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en su art. 17 inc. 1 determina que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En su inc. 2 se reconoce el derecho al hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y condiciones requeridas para ello por las leyes internas.

Con el mismo lineamiento encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 16 establece que los hombres y las mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 10 inc. 1 dispone que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Sin alejarse del pensamiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y considerando el pensamiento clásico de la familia, encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su art. 23 inc. 1 define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. En su inc. 2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

Con una mirada enfocada en el menor dentro de la familia pero sin alejarse del concepto de familia que se viene desarrollando, se enuncia en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño 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 sociedad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En nuestra Carta Magna es el art. 14 bis *in fine* que brinda protección integral de la familia por parte del Estado, sin explayarse mucho más que lo dicho.

La Ley 26061²⁷ incorpora una serie de obligaciones que los padres deben cumplir y así, en su art. 7 define 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 asistencias apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones. Y el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 638 establece la responsabilidad parental de los padres para con sus hijos, y enuncia en los siguientes artículos, una serie de deberes y derechos para la protección, desarrollo y formación integral del menor.

2.3.1.2. Cambio de Paradigma sobre la Estructura de la Familia. Su Adopción en Leyes y Jurisprudencia.

Con el avance social se fue levantando y estructurando un cambio del arquetipo familiar, en donde se deja atrás el concepto de familia nuclear para darle lugar al concepto de familia amplia. Este cambio de paradigma, es tomado por el decreto 415/2006²⁸ que incorpora la noción amplia y necesaria de la familia, sosteniendo en su art. 7 que se entenderá por “familia o núcleo

²⁷ Ley N° 26061, 2005, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

²⁸ Decreto que reglamenta la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

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 adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.

Tomando en cuenta todos los avances sociales respecto a la familia, y que el derecho, como ciencia social, debe ir considerando e incorporando para disminuir la brecha entre realidad y normativa, y de esta manera aggiornarse a los sucesos sociales, en el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Fornerón e hija vs. Argentina”²⁹ expresamente sostuvo que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de ella. Siguiendo el comentario de Rodríguez Iturburu (2015) en relación al fallo, se cita la siguiente expresión:

También allí, estableció que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, de modo que abarque 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

²⁹ CIDH, 27/04/12 “Fornerón e hija vs. Argentina”.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf

paterna, sin que ello obste a que pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (p. 148).

En el fallo se discutía la guarda de la menor M. (hija de Fornerón y Enríquez) que en el momento de su nacimiento la madre la entregó a una familia a los fines de guarda para la adopción. Fornerón quien no tuvo conocimiento del embarazo hasta avanzado el mismo e interrogando a Enríquez sobre la paternidad de la menor en gestación, siempre le respondió que él no era el padre del bebé por nacer. En el año 2000 el matrimonio, al cual se le había otorgado a la menor, solicita la guarda judicial. Se lo llama a Fornerón al proceso y este se opone rotundamente, le hacen un examen de A.D.N. el cual da positivo. El fallo llega hasta la C.I.D.H. dado la controversia entre Juzgados de distintas instancias, y resuelve la protección a la familia monoparental, sosteniendo la violación del derecho a formar una familia y del interés superior de la niña.

Haciendo eco del imparable progreso en relación al concepto de familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya se había pronunciado en el fallo “Fornerón” ha sentado firmes bases en el fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”³⁰, pero en esta oportunidad la decisión gira en base a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección de la familia. En el fallo la C.I.D.H. consideró que la decisión adoptada por Costa Rica, de prohibir la fertilización in vitro, violaba arbitrariamente el derecho a la vida y a formar una familia.

Para finalizar el presente apartado podemos decir que el concepto de familia y la protección de la misma, han ido variando de acuerdo al avance social, cultural y legal y por sobre todas las

³⁰ CIDH, 20/12/12, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro)” <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

cosas al cambio de paradigma. Los Tratados Internacionales reconocen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, poniendo el acento en el Estado quien debe garantizar su protección, sin hacer mayor énfasis en la figura del menor. En el preámbulo de Convención sobre Derechos del Niños se va haciendo lugar al menor y a la crianza del mismo a través del amor, la felicidad y comprensión. En la ley 26061 se imponen mayor obligaciones para los padres como así también en el Código Civil y Comercial; en el decreto reglamentario 415/2006 se toma a la familia desde un concepto amplio, considerando familia a todas las personas que se vinculan con el menor, y sostiene que, el mismo, debe desenvolverse en un ambiente que sea óptimo y que le permita su pleno desarrollo. La jurisprudencia enunciada pone relevancia en el concepto amplio de familia y su protección mediante la utilización de técnicas de reproducción humana asistida.

2.3.1.3. El Avance de la Autonomía de la Voluntad y del Concepto de Familia.

Es necesario destacar que lo expuesto hasta el momento, con el cambio de paradigma y el arquetipo de familia, deja al descubierto lo que viene sucediendo respecto al derecho de familia, en el que cobra mayor relevancia el principio de la autonomía de la voluntad en detrimento del rígido principio del orden público, por el cual se permite efectuar a los particulares determinados actos o realizar determinadas convenciones respecto a distintas situaciones que antes les estaban vedadas.

En la actualidad, las conductas sociales y familiares no se pueden ignorar, los nuevos tipos de familia y las consiguientes relaciones familiares se encuentran en constante desarrollo y evolución, en consonancia con la mayor amplitud de acción de la autonomía de la voluntad.

Para intentar dimensionar esta evolución, un claro ejemplo podría ser la calificación que realizan distintos autores, del instituto familia. Así, diferentes conceptos de la misma, dadas en

distintas épocas, nos ilustrarán que se tomaba en cuenta y que cuestiones tienen o tenían prioridad, entre otras cosas. Una definición de lo que se llamaba familia clásica la da Valverde (1938) que sostiene que la familia es:

Una institución natural y social que, fundada en la unión conyugal, liga a los individuos que la integran para el cumplimiento en común de los fines de la vida espiritual y material bajo la autoridad del ascendiente originario que preside las relaciones existentes (p.8).

De acuerdo al concepto del autor citado, se consideraba familia a personas unidas en matrimonio, con hijos, en donde los integrantes de la misma se encontraban bajo la autoridad del ascendiente originario. Bajo esta misma idea encontramos autores como Puig Peña (1953) que habla de familia como “[...] una institución presidida por los lazos de la autoridad” (p.4), y en igual sentido se enuncia Fueyo Laneri (1959) que la define como la “[...] institución que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto” (p.17).

De acuerdo al desarrollo que se viene dando, sabemos que con la evolución aparece el concepto de familia amplia y podemos estudiarla de acuerdo a lo que dice De Cossio (1975) “se considera pertenecientes a la misma familia a todos aquellos que reconocen una ascendencia común; y, dando un paso más, a aquellas personas que se encuentran emparentadas con cualquiera de los dos cónyuges en relación con el otro” (p.713). Se observa que toma a la familia como los vínculos creados no solo entre parientes que reconocen una ascendencia común, sino también a los parientes del cónyuge, es decir, al vínculo de parentesco afín.

2.3.2. Pluriparentidad en el Derecho Comparado.

Se debe considerar el progreso, tanto de la sociedad y la familia, como así también de la jurisprudencia argentina en el tema de la pluriparentalidad ya que no encuentra desarrollo legislativo a nivel nacional.

Indagando en derecho comparado localizamos tratamientos en el Derecho canadiense y citando a Tamara Florencia Brunel, María Valentina Huais, Romina Tissera Costamagna y María Victoria Vilela Bonomi nos aproximamos al mismo:

Asimismo, desde marzo de 2013, una ley de derecho de familia en Columbia Británica (Canadá), regula a nivel local la filiación en los casos de fertilización asistida y permite anotar hasta cuatro personas en la partida de nacimiento. Los donantes pueden ser reconocidos como padres, siempre y cuando todos los involucrados firmen un acuerdo previo a la concepción (p.9).

Si vale la aclaración, en términos comparativos con el ordenamiento local, la anterior ley representaría una ley provincial, evidenciando lo vago de la cuestión y la escasa regulación debido a la novedad de dicha temática. El tema será desarrollado en profundidad en el próximo capítulo.

2.4. Derechos del Niño

Conforme al niño, lo que primero que hay que resaltar es su limitación o restricción respecto a sus polos filiatorios. Como mencionáramos *ut supra*, el Código Civil y Comercial expresamente en el art. 558 consagra el sistema binario respecto al tema.

Ahora bien, como es sabido, el sistema normativo regula los derechos de los niños desde todos los ángulos posibles en miras a su protección integral. Por ende, debemos tener en cuenta y

considerar una serie de institutos que se encargan de regular los diversos intereses de los menores.

2.4.1. Interés Superior del Niño.

Podemos empezar el abordaje del mismo a través del concepto esgrimido por López Contreras Rony Eulalio (2015) el cual sostiene que “debe entenderse el principio de interés superior de los niños y niñas como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez” (p.55).

El interés superior del niño, como dijimos, está consagrado en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional y leyes del derecho interno. Analizaremos el concepto que cada uno de ellos brinda al respecto.

En la Convención sobre los Derechos Del Niño se encuentra regulado en el art. 3, del mismo puede decirse siguiendo a Diego Freedman (2011) “esta disposición no se dirige meramente a regular la resolución de casos individuales ante las autoridades administrativas o judiciales, sino que al estar dirigida al Poder Legislativo condiciona necesariamente las políticas públicas del Estado” (p.10).El fin de dicha norma apunta a la protección integral del niño en la que el Estado se encuentra obligado a articular todos sus poderes para asegurar ese cometido.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también llamado Pacto de Nueva York lo regula en el art. 24 inc. 1 en donde se sostiene que el niño sin discriminación alguna, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado. Con este lineamiento de protección a los menores encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en el art.

10 inc. 3 establece que deben adoptarse medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna; y en la Convención Americana de Derechos Humanos está regulado en el art. 19 donde establece que 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.

Este derecho también está reconocido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 5 inc. b y su art. 16 inc. f, en donde consideran que el interés de los hijos será primordial.

En el año 2005 se sanciona en nuestro país la ley 26061 que tiene por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de todos aquellos derechos, reconocidos en el ordenamiento jurídico local y en los tratados internacionales anteriormente desarrollados. En el art. 3 de la norma enuncia el interés superior de los niños, considerando que se entiende por tal a 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. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia

vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Como se dijo al principio de este apartado cada vez que haya un niño, niña o adolescente en procesos administrativos y/o judiciales se debe estar siempre a favor del interés superior de los mismos, lo cual se ve reflejado en el fallo que sienta jurisprudencia “Atala Riffo y niñas vs. Chile”³¹ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el año 2012 sostuvo que el objetivo general de proteger el interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo e imperioso, y por lo que se deben evaluar los comportamientos parentales específicos y el impacto negativo que los mismos tengan en el bienestar de los menores, los cuales deben ser reales y no imaginarios o especulativos.

El caso trata sobre tres menores que estaban al cuidado y responsabilidad de su madre, Karén Atala Riffo, tras separarse de su marido, López Allendes, quien era el padre de las niñas. En el año 2002 se va a convivir con ellas, la pareja de la madre Sra. Emma de Ramón. Ante esta situación el padre de las niñas interpone demanda ante los tribunales solicitando la custodia de las menores, basándose en que la orientación sexual de la madre perjudicaba a las menores y violaba el interés superior de las niñas. El caso llega a la C.I.D.H. que falla a favor de Atala Riffo y las niñas, de acuerdo a los considerandos arriba esgrimidos y que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición sexual como elemento para decidir sobre la custodia las menores.

³¹CIDH, 24/04/12 “Atala Riffo y niñas vs. Chile” disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

De acuerdo al fallo desarrollado y vinculándose con el cambio de paradigma en la estructura de la familia podemos enunciar el comentario que hace Rodríguez Jiménez (2015) quien sostiene que:

El principio del interés superior del menor [...] lejos de representar un debate cerrado y aburrido, está adquiriendo un nuevo protagonismo que hace que aparezca resaltado en todos los casos que afectan a la minoridad. Si creíamos que el debate de este principio presentaba siempre los mismos parámetros, ingredientes y vértices, estábamos equivocados. Ahora más que nunca cobra la importancia y la presencia necesaria que amerita que pongamos nuestros ojos sobre él. Así, no todo está dicho a la hora de afirmar que es un concepto jurídico indeterminado, de contornos borrosos y que orilla a una relatividad de soluciones marcada por la subjetividad del juez en turno; en la actualidad tenemos una nueva labor, a saber, perfilar este principio en función del otorgamiento de parámetros mínimos sobre los que debe asentarse, teniendo como norte interpretativo las nuevas necesidades y realidades de nuestros menores y las nuevas estructuras familiares en las que puede verse inmerso (pp 39-40).

2.4.2. Derecho a la Identidad.

El Derecho a la identidad es un derecho subjetivo extrapatrimonial, inherente a la persona con ejercicio erga omnes y del cual la persona es titular desde el momento de su nacimiento, por lo que junto con el derecho a la vida alcanza el rango de supremacía de los derechos subjetivos del ser humano. Llambías (1995) lo define como “los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad” (p.275). Descansa sobre valores que son fundamentales y permite identificar a una persona dentro de la sociedad y distinguirla de

otra, es decir el nombre que posee el individuo y como es reconocido socialmente por su nombre. En segundo lugar, y una vez reconocida por su nombre puede decirse que contempla las creencias, pensamientos e ideologías de la persona y las cuales resultan a todas luces inviolables tanto por los demás miembros de la sociedad como por parte de los Estados que deben proteger los derechos emanados por el conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales con reconocimiento constitucional.

Este derecho, del cual todos los miembros de la comunidad somos titulares, alcanza mayor importancia en los menores dado que desde el momento de su nacimiento tienen el derecho a tener un nombre, tal como lo regula el art. 7 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño que expresamente establece lo siguiente: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y 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 a ser cuidado por ellos.

Desde el momento en que comienza la existencia humana tenemos el derecho a ser reconocidos en la sociedad con el nombre que nuestros padres nos han otorgado y el derecho a conocerlos y ser cuidado por ellos, claramente la privación o prohibición de lo contemplado en dicho artículo generaría una violación e injerencia a la persona de imposible reparación tanto social, cultural como así también legal.

Para reforzar y tornar inviolable el derecho a la identidad, los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, se comprometen a respetar y a preservar la identidad de todos los menores, como así lo establece el art. 8 inc.1 de dicho cuerpo normativo que textualmente define: 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.

En el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra regulado en el art. 18 al disponer que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está reconocido en su art. 24 inc. 2 donde se sostiene que todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

En nuestro Código Civil y Comercial el derecho a la identidad está regulado en el art. 62 cuando dispone que toda persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.

Como vemos el derecho hasta acá desarrollado es un derecho fundamental y prioritario dado que sin él se verían menoscabados otros derechos fundamentales del ser humano, tal como establece Marisa Herrera:

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 al 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 (p.15).

2.5. Conclusión Parcial

Como conclusión del capítulo podemos decir en base a la distinta y diversa legislación estudiada, que el derecho de familia es un sistema ordenativo en constante evolución signado por transformaciones en la sociedad, del cual el ordenamiento no puede o no debe quedar excluido.

El reflejo de lo citado puede avizorarse en los cambios regulatorios producidos en el ordenamiento en miras de dar cumplimiento a los pilares del derecho en nuestros días, ampliación y tutela de nuevos derechos frente a los cambios en las relaciones humanas.

De lo dicho, se desprende el concepto de filiación múltiple, donde el deseo genuino de personas de ser padres, en el ejercicio regular de un derecho, no debe ser considerado contrario al mismo y no pudiendo verse conculcado por un numerus clausus establecido en una norma que, a las claras, se aleja del espíritu del sistema normativo de recepción, ampliación y protección de derechos.

Términos como filiación múltiple, filiación pluriparental, pluriparentalidad entre otros tantos específicos del presente trabajo serán desarrollados con más detenimiento y en profundidad, dado que el terreno por el cual aún se encuentra la cuestión, es el de la doctrina y la jurisprudencia.

3. El Instituto de la Pluriparentalidad. Su Abordaje Jurisprudencial y Doctrinario en el Marco Internacional y Nacional

3.1. Introducción

En el presente trabajo de investigación se ha comenzado por el desarrollo de los conceptos básicos para comprender en su integridad el instituto de la pluriparentalidad. Luego, se realizó el estudio y análisis de los derechos que las partes poseen y que de alguna manera trastocan dicho instituto. En esta ocasión, nos adentraremos al desarrollo específico e integral de la filiación múltiple. De esta manera, se desarrollarán dentro del marco nacional como internacional, la escasa legislación que existe sobre la temática, y más específicamente, se ahondará en los fallos jurisprudenciales que reconocen la figura pluriparental y que resulta el eje de la presente investigación.

3.2. Concepto de Pluriparentalidad

Para comprender el instituto de la filiación múltiple o pluriparentalidad es necesario comenzar con un concepto del mismo. Puede decirse que, es la existencia de tres o más polos filiatorios con los que cuenta una persona, es decir, que una persona al nacer o con posterioridad a su nacimiento contará con tres o más padres/madres. Así Bescós Vera y Silva (2016) definieron a la pluriparentalidad como:

[...] el reconocimiento de más de dos vínculos filiales que, al salirse del principio binario sobre el que se estructura el derecho filial- art. 558 del CCyC-, configura una red de relaciones jurídicas inéditas, a partir del ejercicio del derecho a la voluntad procreacional por al menos tres personas, quienes titularizan todas las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan (p. 1).

Otro de los conceptos de este instituto es otorgado por Maicá y Marmeto (2018) que determinan que la filiación múltiple es “[...] aquella relación social y real de filiación de un/a niño/a con más de dos personas, es decir, como opuesto a la biparentalidad” (p.3).

Como se ha mencionado a lo largo del capítulo anterior, sabemos que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación limita el vínculo filial a dos personas como máximo, el denominado sistema binario. Esta situación, deja completamente afuera a las familias pluriparentales, es decir, a menores que poseen más de dos progenitores, por decisión de personas que desean y planifican un proyecto de familia con tres o más padres/madres. Estos casos, cada vez más escuchados en la actualidad, por lo general, son conformados por parejas del mismo sexo, que deciden llevar adelante el proyecto parental con otra persona conocida (un hombre o mujer) que, además de aportar su material genético, también colabora en la crianza y educación del niño y, por lo cual, desean formar o ser partes de esa familia y del proyecto común que han planificado y constituido.

Este instituto, aún, no tiene muchos autores que lo traten y tampoco existen leyes locales al respecto. Sin embargo, tanto a nivel nacional como internacional existe jurisprudencia que lo recepta, y también casos administrativos. Lo referido a casos administrativos hace alusión a situaciones que se han presentado directamente ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y dicho registro, ha permitido y dado lugar, de manera novedosa, al reconocimiento del menor nacido, por tres personas con ánimo de ser padres.

3.3. Legislación a Nivel Internacional

Como se dijo anteriormente, no contamos en nuestro país con leyes que regulen la temática. Tampoco hubo proyectos ni tratamientos legislativos al respecto. Es por ello que debemos recurrir a la legislación comparada.

A nivel internacional existen leyes respecto a la filiación múltiple, las cuales fueron sancionadas después de un largo recorrido jurisprudencial, en el que los juzgados se pronunciaron a favor de que una persona cuente con más de dos polos filiatorios. Podemos enunciar dos sitios donde encuentra regulación la pluriparentalidad, por un lado, encontramos el estado de Columbia Británica (Canadá), y por el otro, el estado de California (Estados Unidos).

Desde el año 2013, la nueva Ley de Familia del Estado de Columbia Británica regula a nivel provincial los casos de fertilización asistida y permite anotar hasta cuatro personas como padres del menor; de esta forma, se permite que el donante de material genético tenga vínculo filial con la persona por nacer. El requisito previo es que todos estén de acuerdo y firmen un convenio prestando el consentimiento antes de llevar a cabo la gestación. En el Estado de California, también se regula la filiación múltiple, incorporando la posibilidad de que un niño tenga más de dos padres; pero en este caso, a diferencia de la anterior, son los tribunales los que tienen la última decisión. Se plantea ante los tribunales el proyecto de vida de tres o más personas que pretenden ser padres del menor, el juzgado puede rechazar o aceptar la demanda, si es admitida se estudiarán los beneficios y provecho que le generara al menor contar con más de dos vínculos filiales. En este sentido Silva (2017) hace una clara diferencia, sosteniendo que:

“[...] la Ley de Familia del Estado de Columbia Británica, Canadá, permite tres o incluso más progenitores, restringiendo tal reconocimiento a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y siempre que medie acuerdo previo a la concepción; a diferencia de lo que acontece en el caso de la legislación californiana, en donde, si bien tal posibilidad no se circunscribe a un determinado tipo filial, su viabilidad debe ser evaluada por los tribunales en función del beneficio del niño/a (p.1).

Haciendo este breve análisis de la legislación vigente pasaremos a analizar la jurisprudencia existente a lo largo del mundo.

3.4. Jurisprudencia a Nivel Internacional

Dado el avance social llevado a cabo en las últimas décadas y el afán por romper los moldes de la llamada familia clásica, se da a nivel mundial una cantidad de fallos que sientan jurisprudencia en el instituto de la pluriparentalidad. En este apartado se analizarán casos que fueron apareciendo en distintos países a lo largo del último tiempo, entre ellos, podemos mencionar a Canadá, Estados Unidos, Brasil y, lógicamente, a nuestro país que merece ser estudiado en un punto aparte.

3.4.1. Canadá.

En el año 2007 dicta sentencia el Tribunal de Apelaciones de Ontario en el fallo “A.A. vs. B.B.”³² donde se resolvió que un niño de cinco años tenga legalmente dos madres y un padre.

En el caso a analizar, la pareja de mujeres A.A. y C.C., quienes estaban juntas desde el año 1990, deciden en el año 1999, como proyecto de vida en común ser madres. Para llevar a cabo el proyecto recurren a la ayuda de un amigo en común, llamado B.B., quien sería el donante de material genético. La madre biológica y gestacional a los efectos legales sería la Sra. C.C. que se sometería a las técnicas de reproducción humana asistida. Llevan a cabo su deseo y como consecuencia nace un niño, llamado D.D., en el año 2001. El menor queda al cuidado exclusivo de las madres (A.A. y C.C.). Las mismas consideraron necesario para el bienestar del menor que B.B. siga en contacto y se involucre en la vida del niño. A los efectos de la ley, se establece vínculo filial de D.D. con B.B. y C.C.

³²“A.A. vs. B.B.” Tribunal de Apelaciones de Ontario (02 de enero de 2007).

En el año 2003, se presenta A.A. ante el juez Aston J. demandando una declaración de que ella también es madre de D.D., solicitando parentesco similar al de B.B. y C.C. con el menor, fundándose en el interés superior del niño. El juez desestimó la solicitud considerando que no tenía jurisdicción para hacer la declaración solicitada y llegó incluso a decir, de acuerdo a lo escrito por La Violette (2007) lo siguiente:

Si un niño puede tener tres padres, ¿por qué no cuatro o seis o una docena? ¿Qué pasa con todos los adultos en una comuna o una organización religiosa o secta? Independientemente de las implicaciones de la política social, el potencial de exacerbar la custodia y los litigios de acceso no deben ser ignorados (p.670).

A.A. recurre la resolución basándose nuevamente en el interés superior de niño, y además, en cuestiones constitucionales tales como violación de sus derechos de igualdad y la justicia fundamental encontrando apoyo en los arts. 5 y 17 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. La recurrente cuenta con el apoyo de B.B. y C.C. e incluso de abogados que representan al menor D.D.

El Tribunal de Apelaciones de Ontario resolvió a favor del reconocimiento de maternidad solicitado por A.A., fundando la sentencia en el interés superior del niño, sin basarse en las cuestiones constitucionales planteadas en los argumentos de la apelación. El menor D.D. contará con la filiación de sus tres padres A.A., B.B. y C.C.; sin embargo, el tribunal se basó en el caso concreto evitando que el fallo se transforme en un precedente que pudiese ser utilizado indiscriminadamente para el reconocimiento de familias de padres múltiples.

3.4.2. Estados Unidos.

En el año 2017, la Corte Suprema del Estado de Suffolk, Nueva York, otorgó la custodia triple sobre un menor de diez años, a la requirente quien no contaba con un vínculo biológico ni adoptivo.

En los autos “Dawn, M. vs. Michael, M.”³³ se relataron los siguientes hechos. Que Dawn, M. y Michael, M. se encontraban en pareja desde hace muchos años y en el año 1994 contrajeron matrimonio. Tras varios intentos por ser padres, para llevar adelante el proyecto de vida en común, no tuvieron el éxito esperado, por lo que en el año 2001 deciden someterse a las técnicas de reproducción humana asistida. Con el material genético de Michael, M. se inseminó a Dawn, M. quien logra gestar el niño hasta las diez semanas de gestación, momento en que desafortunadamente sufre un aborto espontáneo, no pudiendo seguir adelante con el deseado embarazo.

Ese mismo año, la pareja conoce a la Sra. Audria, G. y se hicieron íntimos amigos, a tal punto de que la misma y su marido se mudaron a la planta baja del inmueble que habitaban los Sres. Dawn, M. y Michael, M. En el año 2004, Audria, G. se separa de su marido y decide mudarse con las partes del presente caso (Dawn, M. y Michael, M.). Mientras el tiempo fue avanzando, y así también la convivencia entre los tres, comenzaron a tener relación íntima entre ellos, viéndose como una familia. Al poco tiempo, las tres personas deciden ser padres. En esta ocasión, decidieron consultar a un especialista en reproducción humana asistida con la ilusión, en esta oportunidad, de que Audria, G. fuera la inseminada y la mujer que llevaría a cabo la gestación del menor. Frente a este planteo, el profesional especializado se niega a llevar adelante la T.R.H.A. dado que Audria, G. y Michael, M. no estaban unidos en matrimonio. Frente a la situación comentada los tres deciden concebir un hijo mediante la práctica de relaciones sexuales

³³ “Dawn, M. vs. Michael, M” Corte Suprema del estado de Suffolk, Nueva York (08 de Marzo de 2017).

convencionales, acordando que en el caso de que se llegue al embarazo y sea gestado con éxito, los tres estarían al cuidado del menor como sus progenitores.

Es, en el año 2006, que Audria, G. queda embarazada de Michael, M. y en enero de 2007 nace el menor J.M. Luego del nacimiento los cuatro vivían juntos y Audria, G. y Dawn, M., compartían todas las responsabilidades como madres turnándose en el despertar nocturno para cuidar al bebé y para llevarlo al médico.

En Octubre de 2008 y tras el desgaste de la relación entre Dawn, M. y Michael, M., la Sra. Dawn, M. y Audria, G. deciden mudarse de la sede del hogar conyugal con el menor J.M. En el año 2011 Michael, M. inicia acción de divorcio contra Dawn, M., momento en que él comienza a desconocerla como madre de J.M.

A su vez, Michael, M. inicia contra Audria, G. acción judicial en relación a la custodia y cuidado del menor J.M., desconociendo a Dawn, M. como madre del niño. Luego de procedimientos judiciales entre estos, tendientes a dilucidar el planteo, llegan al acuerdo de que el menor quedaría bajo la custodia residencial de Audria, G. y que Michael, M. tendría visitas liberales a favor de J.M.

Dawn, M. inicia acción de custodia del menor J.M., a pesar de que convivían juntos, a los fines de asegurar la custodia futura y mantener el vínculo con el mismo, frente a un futuro incierto entre los tres progenitores.

Expuestos los hechos, los jueces se ubican desde la óptica de los derechos del menor, y tienen en cuenta el interés superior del mismo, señalando que J.M. considera tanto a Audria, G. como a Dawn, M. sus madres, especificando de acuerdo a lo dicho por el menor, en los estrados judiciales, que las distingue a Audria, G. como “mi mami con la camioneta naranja” y a Dawn,

M. como “mi mami con la camioneta gris” sin hacer distinción alguna basada en argumentos biológicos. Lo describen como un niño ajustado a su edad, que ama a sus madres y a su padre, considerando que el alejamiento de Dawn, M. lo devastaría.

Pese a las oposiciones de Michael, M. en cuanto a la custodia de Dawn, M. sobre el menor, la Corte otorga la custodia a esta última, en conjunto con Michael, M. y Audria, G., convirtiéndola en una triple custodia.

El caso en cuestión es un gran avance hacia el instituto de la pluriparentalidad, dado el contexto en el cual se originó, ya que escapa a los casos comúnmente conocidos de inseminación en parejas del mismo sexo con una tercera persona donante del material genético. Dado lo cual Galperin (2018) sostiene que:

Los casos de pluriparentalidad potencial que más atención reciben son aquellos que involucran a parejas del mismo sexo con un tercer donante de gametos identificable. No obstante lo cual, este escapa al contexto ordinario y, mismamente, dada su delicada trama, requiere de reconocimiento. Los jueces al fallar, dejan en claro que no es ajena a la teoría que sostiene que los cambios socioculturales que se suceden en el universo de las familias no suelen ser acompañados, ni remotamente, al mismo ritmo por la ley (p.10).

3.4.3. Brasil.

Los Juzgados del Fuero de Familia del país vecino resultan muy atractivos e innovadores en cuanto a los argumentos esgrimidos por los jueces que, además de humanizar las causas,

conceden más allá de lo solicitado por las partes (ultra petita), como sucedió en el fallo³⁴ que es tratado a continuación.

El caso se dictó en el año 2016 por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, y comienza cuando una joven de 16 años se entera que su padre registral no era su padre biológico. A los fines de que se impugne la filiación socio-afectiva o registral y que se reconozca la filiación biológica, interpuso acción civil ante los Tribunales de Santa Catarina. Su acción va escalando en diversas instancias hasta llegar al Tribunal de Justicia de dicha localidad quienes fallan a favor de la adolescente reconociendo la filiación biológica.

Ante la resolución, el padre biológico interpuso recurso ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil, alegando que el vínculo socio-afectivo de la joven con el padre registral impide la modificación del registro y sosteniendo que la solución para el caso era una declaración de paternidad genética sin el reconocimiento del parentesco civil ni de derechos hereditarios. Es decir, que la joven ya contaba con un padre, que si bien no es su padre biológico es su padre socio-afectivo, por el cual la filiación ya estaba registrada, siendo viable el reconocimiento de orígenes genéticos pero no el establecimiento del vínculo filial. Por su parte, la joven alegó que la Constitución Brasileira protege a la paternidad en su complejidad sosteniendo que la paternidad biológica, registral o afectiva no debe tener prioridad una sobre la otra, y que tiene derecho a la rectificación registral y al reconocimiento de la filiación biológica con todos sus derechos, incluso los de rango patrimonial.

El Supremo Tribunal Federal siguiendo la manifestación esgrimida por la Procuraduría General, resolvió el reconocimiento de la paternidad socio-afectiva y biológica en condiciones de

³⁴Recurso extraordinario 898.060 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux (22 de Septiembre de 2016).

igualdad y que la paternidad registrada (socio-afectiva) por razones de durabilidad en el tiempo no puede ser impugnada por meros lazos de parentesco biológicos.

Dicho fallo recibió críticas doctrinarias por resolver una cuestión no solicitada en la demanda, así Tavares da Silva (2016) sostuvo que “el Tribunal supremo no podría haberse manifestado acerca de la pluriparentalidad, en la medida que no había ninguna solicitud de la hija referida al reconocimiento de los dos padres, por lo que la decisión sería extra petita” (p.2).

Otra relevante decisión acerca de la pluriparentalidad en Brasil, es anterior al desarrollado precedentemente, pero en este caso, si se solicitó el reconocimiento de la filiación múltiple. Data del año 2015 y fue resuelto por la Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul en los autos “L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad”³⁵. El caso es sobre una pareja de mujeres que se encontraban en unión convivencial desde el año 2008 por lo que en el año 2012 deciden contraer matrimonio. Luego de su casamiento y con el deseo de agrandar la familia con la llegada de un hijo, recurren a la ayuda de un amigo de ambas que, no solo sería el donante del material genético, sino que también le propusieron ser el padre del niño. El amigo acepta la propuesta y celebran un pacto de filiación entre los tres. De esta manera, pactaron todo lo relacionado a la custodia, guarda, visitas y alimentos del menor por nacer.

En el año 2014, nace una niña tras someterse una de las mujeres a técnicas de reproducción humana asistida. Los tres asistían a todas las consultas médicas, ya que el proyecto de vida en común de estas tres personas es anterior a la concepción del nasciturus.

³⁵ “L.P.R, R.C. y M.B.R. s/ Acción civil declaratoria de multiparentalidad” Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul (12 de Febrero de 2015).

Recurren a la justicia para que sea legalmente reconocida la triple filiación pactada. Inician acción civil de declaratoria de pluriparentalidad y el juzgado de primera instancia rechaza la petición. Las partes recurren la decisión, llegando de esta manera a la Cámara Civil de Apelaciones, esta vez logrando el éxito esperado con unanimidad, dado que, la Cámara revocó lo decidido en la instancia anterior, y declaró procedente el pedido de reconocimiento de la pluriparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil a los fines de que se reconozca a la tercera progenitora.

En todos los supuestos enunciados se toma en cuenta siempre el interés superior del niño por sobre todas las cosas, relacionándolo con el derecho a formar una familia, el derecho a la identidad y la dignidad humana. Los casos desarrollados en el presente apartado reconocen la pluriparentalidad, ya sea con emplazamiento registral o no. Podemos observar como el derecho de familia se va amoldando a la realidad social a través de jurisprudencia innovadora desde todos los puntos de vista. No queda fuera de este movimiento nuestro país que a continuación serán analizados los casos existentes reconociendo la múltiple filiación por acción administrativa y/o judicial.

3.5. El Instituto de la Pluriparentalidad en Nuestro País

A lo largo del trabajo, mencionamos que no existe legislación alguna sobre el instituto de la pluriparentalidad, sin embargo una parte minoritaria de la doctrina sostiene que con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se dejaría abierta una puerta para declarar la triple filiación en el caso de la adopción por integración. Para comprender esta situación, comenzaremos por determinar que se entiende por adopción integrativa, y en este caso Herrera (2014) sostiene que “la finalidad de la adopción de integración es integrar al cónyuge o conviviente del progenitor de origen a ese núcleo familiar ya consolidado y con el objetivo de

brindarle entidad jurídica al vínculo socioafectivo” (p.75). El art. 621 del código de rito establece que en este tipo de adopción, “cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen [...]”; la parte del artículo que establece que podrá mantenerse el vínculo con parientes de la familia de origen, genera disputa doctrinaria respecto a que el C.C.yC. permite la pluriparentalidad en este caso concreto. Así Rivero Clauso (2016) sostiene que:

Dejando de lado la alusión a "parientes" cabría preguntarse si la redacción del Artículo en cuestión no estaría dejando la puerta a que haya más de una doble filiación en caso de adopción plena, neutralizando la prohibición del Artículo 558 "In fine" del CCyC. Es que si un niño es adoptado por una pareja, en la adopción plena, en principio, habría de perder vínculos con su familia de origen (Conf. Art. 620 CCyC). Sin embargo el artículo deja abierta la posibilidad de mantener incólumes -¿acaso con uno o ambos padres biológicos? las relaciones con algún/os parientes de origen (p.2).

Dicho esto pasaremos a analizar los casos concretos en el plano fáctico donde se decretó la pluriparentalidad en el país.

3.5.1. Casos en Sede Administrativa.

Los casos que serán desarrollados en este punto reconocieron la triple filiación en el ámbito administrativo en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas sin que sea necesario recurrir a la justicia para poner en marcha el instituto de la pluriparentalidad. Encontramos dos casos, en sede administrativa, en nuestro país, a saber, Antonio y Furio, que a continuación se desarrollan.

3.5.1.1. Caso “Antonio”.

El primer caso de filiación múltiple en Argentina tuvo lugar en el año 2015 en el Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires, en la localidad de Mar del Plata, donde se reconoce la triple filiación del niño Antonio.

Susana Guichal y Valeria Gaete son una pareja que se encuentra unida en matrimonio desde el año 2013. Con el deseo de tener un hijo se contactan con su amigo Hernán Melazzi y le proponen que sea el donante de material genético a los fines de gestar por medio de inseminación artificial. Hernán, acepta la propuesta pero, no solo con fines altruistas, sino que también propone participar de ese plan familiar, formar parte de la vida del niño con el cual estará unido genéticamente y pretende su reconocimiento como padre.

Las futuras madres aceptan el planteo de su amigo Hernán y llevan a cabo la inseminación por técnicas de reproducción humana asistida en el cuerpo de Susana que sería quién llevaría a cabo la gestación del bebé. El embarazo fue llevado con éxito y al nacimiento de Antonio, es inscrito en el Registro Civil con el apellido de las dos madres, Antonio Gaete Guichal. Sin embargo, de acuerdo al plan familiar y con la intención de que sea reconocida la filiación de su padre y la incorporación del tercer apellido, es decir el de Hernán, se realiza la petición ante el Registro.

Los tres contaron con el apoyo de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (F.A.L.G.B.T.) que intercedió para hacer el pedido a las autoridades bonaerenses. La solicitud fue fundamentada en la necesidad de asegurar al niño su derecho a la identidad integral y a ser reconocido como hijo de sus dos mamás y de su papá, sin que deba resignar a ninguno de sus derechos y obligaciones.

El Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires no solo hace lugar a la petición, sino que, también, reconocela triple filiación del menor Antonio, y permite la incorporación del tercer apellido, por lo que desde el 23 de abril de 2015, de acuerdo a su partida de nacimiento, el menor se llama Antonio Gaete Guichal Melazzi. El jefe de Gabinete, Alberto Pérez (2015) remarcó que:

Cuando esta familia nos acercó el pedido, entendimos al igual que ellos, que Antonio tiene derecho a que su realidad familiar sea respetada y a ser reconocido como hijo de sus dos mamás y de su papá, sin que ninguno de ellos tenga que resignar sus derechos y obligaciones (p.3).

Por su parte, el Subsecretario de Gabinete Juan Pablo Álvarez Echagüe (2015) explicó que “tanto la jurisprudencia argentina como la internacional indican que deben articularse los derechos constitucional, civil y familiar para salvaguardar el derecho fundamental de la persona a conocer su identidad, que goza de garantía constitucional” (p.2).

De esta manera, se reconoció por primera vez el instituto de la pluriparentalidad en el país; el mismo, sirvió de puntapié para los casos posteriores, recibiendo posturas a favor y en contra de la doctrina. Entre los autores que se pronunciaron a favor del reconocimiento encontramos a Gil Rodríguez (2016) considerando que:

La administración tuvo un modo de proceder proactivo, a la vanguardia en perspectiva de Derechos Humanos y de Género, no solo en el contexto interno, sino en todo Latinoamérica, ya que su actuación devino innecesaria la intervención del Poder Judicial, a través de su clásico rol reparador, ejerciendo en el ámbito de sus facultades y de forma progresiva el control de constitucionalidad y convencionalidad interno, aplicando los estándares de Derechos Humanos

fijados por la CIDH, soslayando dilataciones, pero más importante, evitando un daño (p.103).

Entre autores que sostienen una postura crítica sobre la resolución y la intervención directa del Registro Civil encontramos a De la Torre (2015) quien sostiene que “[...] conforme la regla de reconocimiento constitucional, solo los jueces se encuentran habilitados a meritar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas” (p.73). Esta postura sostiene que el Registro Civil no contaba con la potestad para el reconocimiento de la triple filiación.

3.5.1.2. Caso “Furio”.

El segundo caso de reconocimiento de pluriparentalidad en Argentina, es a través del caso Furio en el año 2015.

En este caso, un tándem conformado por dos mujeres, la cineasta Albertina Carri y la periodista Marta Dillon, se encontraban en pareja desde aproximadamente diez años. Tras largas conversaciones deciden tener un hijo, pero no querían que el donante del material genético fuera un hombre desconocido, por lo que pensaron en Alejandro Ros, íntimo amigo de la pareja y compañero de trabajo de Marta desde el año 1998. Le comentaron la idea al Sr. Ros que si bien lo sorprendió, no dudo un segundo en afirmar la intención de ser padre.

Para llevar adelante el proyecto familiar, no recurrieron a las técnicas de reproducción humana asistida sino que tuvieron relaciones sexuales convencionales. Es así que Albertina queda embarazada de Alejandro. El embarazo es gestado con éxito y en el año 2010 nace el niño Furio. Fue inscripto en el Registro Civil con el apellido Carri. Posteriormente, con la sanción de la ley de matrimonio igualitario en el 2010, las mujeres se casan y logran incorporar el segundo apellido, por lo que pasó a llamarse Furio Carri Dillon.

Cinco años después deciden incorporar al menor el apellido Ros, es decir el de Alejandro, su padre, que además de ser el biológico es el padre socio-afectivo del menor, dado que forma parte de su vida y cuenta con los derechos y obligaciones de todo padre, aún sin ser reconocido legalmente. Realizan la petición ante el Registro Civil de Buenos Aires para que reconozcan la triple filiación y la incorporación del tercer apellido, tomando los argumentos y precedentes del caso Antonio. El Registro porteño hace lugar a la solicitud y en Junio de 2015 reconocen la triple filiación del menor e incorporan el apellido del papá, por lo que actualmente se llama Furio Carri Dillon Ros.

El caso fue portada de todos los diarios y un tema muy tratado en la prensa por lo que el periodista Rodríguez (2015) en una nota a Marta Dillon describió la felicidad de la misma y afirmó que sus palabras fueron:

[...] es un día súper importante para la diversidad de nuestro hijo. Tiene 6 años, está en primer grado y es importante que sea reconocido por el Estado. Tiene una familia, hermana, abuelo por parte de Alejandro; un vínculo legal y amoroso con tíos y sobrinos. Esa es la familia que lo trajo al mundo. Es un derecho superior de este niño, nuestro hijo, ser reconocido por lo que es (p.4).

Los dos casos, en sede administrativa, fueron de gran investidura en el reconocimiento de la pluriparentalidad en Argentina; que más allá de lo novedoso de la temática, se pronunciaron en contra del sistema binario protegido por nuestra legislación. A nivel judicial encontramos un fallo que llegó a la justicia por el rechazo en sede administrativa y a continuación lo analizamos.

3.5.2. Jurisprudencia sobre el Instituto de la Pluriparentalidad.

Un solo fallo de la jurisprudencia rige hasta el momento en nuestro país, en la localidad de Mar de Plata dictaminado por el Juzgado de Familia de la 2da Nominación en autos “C.M.F. y otros s/ materia a categorizar”³⁶ en el año 2017.

C. y J. son una pareja que poseen un proyecto de vida en común desde hace casi ocho años. Tenían la idea ser padres, pero no querían que su hijo se vea despojado de una figura materna, por lo que recurren a su amiga M.F. para que sea la madre del menor, y de esta manera constituir una familia con dos padres y una madre. A los fines recurren a una clínica especializada en técnicas de reproducción humana asistida y los tres firman el consentimiento informado el 05 de Septiembre de 2015, especificando en el mismo el proyecto de la familia pluriparental. J. aportó los gametos y M.F. los óvulos, y como consecuencia nace una niña en fecha 24 de Mayo de 2016.

Recurren al Registro Civil de la localidad solicitando la inscripción de la triple filiación y por ende se le reconozcan los tres apellidos. El registro rechaza la petición sosteniendo que el art. 558 veda la posibilidad de tener más de dos vínculos filiales, y lo inscriben con el apellido de la madre, es decir A.C. Decepcionados con la resolución, concurren a la justicia marplatense para plantear la inconstitucionalidad del art. 558 del Código Civil y Comercial.

Los tres padres M.F.C., J.C. y C.S.S. incoan la demanda en representación de su hija A.C. a fin de que se le reconozca a A. su triple filiación y se rectifique su apellido al de A.C.C.S., solicitando también, la declaración de inconstitucionalidad del mencionado art. 558.

El Ministerio Público Fiscal, que actúa en autos por estar comprendido un menor en el proceso, considera que debe rechazarse el pedido de inconstitucionalidad. Funda la negativa en que el proyecto familiar es anterior al nacimiento de la niña y que nace como un proyecto

³⁶ “C.M.F y otros s/ medida a categorizar” Juzgado de Familia de la 2da Nominación de la ciudad de Mar del Plata (24 de Noviembre de 2017).

familiar dividido pues no hay convivencia de los tres progenitores. A su vez, el Sr. Agente Fiscal refiere que no existe una negación al derecho de identidad; que el no reconocimiento por inscripción de pluriparentalidad al tercero y que la protección integral de la familia, de acuerdo al art. 14 de la Carta Magna, no necesariamente debe derivarse del formato de filiación. Asimismo, invoca que la multiparentalidad posee consecuencias negativas como puede ser la disminución de responsabilidades parentales de las partes y que la norma cuestionada es de orden público.

El Juzgado de Familia, pese a la negativa del Sr. Agente Fiscal, resolvió decretar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 *in fine* del C.C.yC. en el caso concreto, y ordenó inscribir la filiación de A.C. como hija de M.F.C, J.C. y C.S.S. autorizando a A.C. a sumar los apellidos de sus padres, por lo que deberá ser anotada en el Registro Civil como A.C.C.S. La sentencia fue argumentada en base a la garantía del interés superior del niño, que en este caso, implica el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por los participantes de este proyecto familiar y en el que la niña se encuentra inmersa. Por ende, la limitación del art. 558 *in fine* resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de derechos humanos comprometidos en la causa. A su vez sostienen que el pedido de los padres, en cuanto al reconocimiento de los tres apellidos, es reflejar la realidad de A.C, por lo que consideran que resulta ajustado hacer lugar a lo peticionado ya que de esta manera se contribuye a la permanente construcción de su identidad. Se le impuso a los progenitores que a partir del momento en que la niña adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto a su origen gestacional.

La resolución del fallo genera grandes debates y opiniones encontradas por doctrinarios, pero no podemos dejar de decir que se ajusta a la realidad social actual y enaltece el derecho a la

identidad de la menor, como así también el interés superior del niño que fue el bastión principal para la resolución del caso.

3.6. Conclusión Parcial

Con lo formulado hasta acá, se puede constatar, sin temor a equivocarnos, que la finalidad del presente capítulo, fue y es, poner sobre la mesa el instituto de la pluriparentalidad. Notamos que, pese a su novedad o reciente aparición, es una cuestión de la que el derecho tiene y debe tomar cartas sobre el asunto, en miras a transmitir seguridad jurídica, dada la incertidumbre en la que se encuentran las personas involucradas.

Podemos apreciar que, el fundamento del instituto versa, principalmente, por un lado en la voluntad de personas con capacidad de expresar su consentimiento con motivo de un proyecto de vida y, por el otro, el interés de los niños, niñas y adolescentes, sujetos éstos, con capacidad restringida, siendo en la mayoría de los casos, titulares de derechos limitados en su ejercicio.

Notamos que, la valoración del instituto de la filiación múltiple implica reflexión de derechos y obligaciones que debe realizar el Estado y la sociedad; en la que hay quienes la aceptan y quienes la rechazan dentro de cada ámbito de juzgamiento, basados en distintos fundamentos, que el ordenamiento tendría que ir esclareciendo y delimitando en su normativa para clarificar derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes.

4. Conclusión Final

4.1. Conclusión Final

En el presente trabajo se intentó enmarcar, lo más fielmente posible, las distintas situaciones fácticas que tengan o puedan llegar a tener implicancia con la temática escogida. Es por ello que, el mismo comienza por el estudio de la familia; se realiza una revisión histórica respecto a ésta, tratando de dilucidar su origen y evolución. La finalidad de dicho comienzo descansa en tratar de presentar una primera aproximación de dónde, o sobre qué campo, se va a ir asentando la investigación.

Siguiendo con el desarrollo, hemos ido apreciando como fue variando la forma, el modo y la intención en la concreción, respecto a la configuración familiar.

En una de estas variantes, dadas con el avance de la sociedad y la medicina, surge la formación de familias ayudadas o asistidas por procedimientos médicos y basadas principalmente en la voluntad de las personas.

Una vez focalizado históricamente el momento de la aparición de familias formadas con la intervención de T.R.H.A., se abre paso al desarrollo y estudio de este tipo particular de familia y se plantea un primer acercamiento a la ley 26862 que viene a regular, en algún punto, dicha situación.

Teniendo en miras lo planteado en la ley mencionada, notamos que la misma solo reglamenta la capacidad requerida por las personas que anhelan ser beneficiarias de T.R.H.A. pero que, en ninguna parte de su articulado expone el número necesario o requerido de sujetos intervinientes. Atento a esto y teniendo como propósito dar respuesta a la pregunta planteada en la introducción del presente trabajo de investigación, a saber: ¿Queda comprendido dentro del alcance de la

normativa que regula las T.R.H.A. el denominado caso de la pluriparentalidad? Se puede decir, que la misma no regula expresamente el instituto de la pluriparentalidad, tampoco lo excluye de manera categórica, por lo que, para intentar dar certezas, es conveniente realizar un estudio integral del ordenamiento jurídico argentino. En este punto, aparece intencionada y orientativa, la siguiente pregunta disparadora formulada conjuntamente con la anterior: ¿Resulta éste coherente con el ordenamiento jurídico íntegramente considerado? En este aspecto, el legislador debería estimar necesario la instrumentación de una reforma o una nueva ley contemplativa de dicha realidad.

Ya situados en la pretensión, lo más acabadamente posible, de una contemplación omnímoda respecto a nuestro ordenamiento jurídico de la filiación múltiple, estamos en condiciones de afirmar que no se encuentra legislación específica, siendo dable, el estudio del derecho positivo argentino; esto es, teniendo en cuenta los principios rectores de aplicación de derechos dispersos pero con jerarquía suficiente para su validez y fundamentación.

Es así que, ubicados en el lugar de dar respuesta a si queda comprendido el instituto de la pluriparentalidad, considerando integralmente nuestro ordenamiento jurídico podemos decir, con fundamento en lo expuesto, que el mismo puede construirse o dilucidarse en base a ciertos institutos reguladores de derechos que las partes intervinientes ostentan.

Puede concluirse finalmente que, de esta manera, resulta evidente que la apertura a vínculos filiales múltiples trae aparejado el quebrantamiento de determinados institutos y al binarismo en sí mismo. Visualizar las consecuencias a futuro, resulta catastrófico para cierto sector social embanderado del mantenimiento del status quo. Mientras que para otros será la victoria de la diversidad familiar y el vínculo socio-afectivo por sobre el biológico. No podemos dejar de mencionar que aplicarles las mismas reglas de las T.R.H.A. a una situación fáctica diferente,

como es la planteada en el presente trabajo de investigación, es discriminar esta nueva construcción familiar y un ocultamiento a la verdad de origen y a la identidad de los menores nacidos bajo estas circunstancias.

Por lo cual, estamos en condiciones de manifestar que el instituto de la pluriparentalidad se construye sobre dos pilares fundamentales, la voluntad procreacional y el vínculo socio-afectivo. Nuestro ordenamiento interno adopta el sistema binario, es decir, el reconocimiento de dos polos filiatorios y no más de ello. De esta manera, y de acuerdo a todo lo desarrollado, se observa que la realidad social avanza a pasos agigantados quedando el Derecho relegado a construcciones jurídicas estancadas en evidenciado desfasaje respecto a las nuevas construcciones familiares, atándose a lo regulado en el art. 558 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación, que sujeta al sistema jurídico, dictaminando como máximo permitido en lo referente a vínculos filiatorios, al menor de los números pares.

Es notorio como el Registro Civil y el Poder Judicial, a través del reconocimiento de la triple filiación en los casos estudiados, amenaza con ser el principio del fin del binarismo y de la idea de familia nuclear y biparental. El derecho local se resiste al ejercicio y regulación de la filiación múltiple, pero es sabido que quien desea y proyecta una familia con tres padres, recurre a los estrados judiciales planteando la inconstitucionalidad del art.558. No obstante, su resolución resulta azarosa dado que, dependerá del criterio utilizado por el juez que entienda en la causa, dejando en claro que judicializar (o tener que judicializar) el proyecto familiar no da garantías de la implementación del instituto de la pluriparentalidad.

La necesidad de un estudio pormenorizado de las distintas situaciones que pueden surgir con la aparición y aplicación de las T.R.H.A., como así también, la ampliación de la autonomía de la voluntad en el derecho familiar, nos conduce a la urgencia de delimitar algunas cuestiones

respecto al instituto-familia, para salvaguardar derechos de los particulares, dar herramientas a jueces para establecer su aplicación y tratar de visualizar, para la sociedad toda, la naturaleza jurídica de la familia, tratando de evitar la desnaturalización del dicho instituto y/o llegado el caso, considerar como posibilidad la creación de nuevos institutos reguladores de estas nuevas situaciones.

Referencias

- Álvarez Echagüe, J. P. (24 de Abril de 2015). Anotan el primer bebé con filiación triple, llevará el apellido de sus dos Mamás y del Papá. *Diario de Noticias del Noroeste de Buenos Aires*, Recuperado de <https://www.infoecos.com.ar/index.php/anotan-al-primer-bebe-con-filiacion-triple-llevara-el-apellido-de-sus-dos-mamas-y-del-papa/>
- Bescós Vera, I. y Silva, S. A. (15 de Marzo 2016). Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial. *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humano*. Recuperado de: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/03/Columna02_supleMarisa_nro7.pdf
- Brunel, T. F., Huais, M. V., TisseraCostmagna, R. T yVilelaBonomi M. V. (Octubre, 2015). “Pluriparentalidad”, Filiación e Identidad en el CCyC. En A. M. Chechile-M. Herrera (Presidencia), *Comisión 6 Familia: Identidad y filiación*. XXV Jornada Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.
- Chávez Hernández, E. (Febrero de 2006). La protección constitucional de la familia. Una aproximación a las Constituciones latinoamericanas. En Rosa María Álvarez de Lara (Presidencia), *Panorama internacional de Derechos de Familia, Cultura y sistemas jurídicos comparados*. Conferencia llevada a cabo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/321136907_LA_PROTECCION_CONSTITUCIONAL_DE_LA_FAMILIA_UNA_APROXIMACION_A_LAS_CONSTITUCIONES_LATINOAMERICANAS

- Cubillos, J.M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida. Status jurídico del embrión humano*. (Trabajo de investigación). Universidad de Cuyo, Mendoza. Recuperado de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- De Cossio, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Alianza Universitaria.
- De la Torre, N. (2015). Pluriparentalidad ¿Por qué mas de dos vínculos filiales? *Revista de Derecho de Familia, volumen 6*.
- Dorin, N.G. y Giacchetta, P.J. (Noviembre, 2012). La biotecnología aplicada a la reproducción humana y su influencia en las relaciones filiales. Mónica Pinto (Presidencia), *La biotecnología aplicada a la reproducción humana y su influencia en las relaciones filiales*. Conferencia llevada a cabo en el Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados. "Reflexiones sobre la reforma del Código Civil", Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Freedman, D. (2011). Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia. *Jura Gentium revista de filosofía del derecho internacional y político global, Volumen 7*. Recuperado de <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm>
- FueyoLaneri, F. (1959). *Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Universo.
- Galperin, G. N. (2018). Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la Magistratura. Primera parte. Buenos Aires: Editorial Microjuirs.
- Gil Rodríguez, A. (2016). La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen 1*.

Gualano, C. (24, de Mayo de 2017). Hijos nacidos por reproducción asistida: la pregunta por el origen y los cuentos infantiles para explicarles todo. *Clarín*. Recuperado de https://www.clarin.com/entremujeres/hogar-y-familia/hijos/hijos-nacidos-reproduccion-asistida-pregunta-origen-cuentos-infantiles-explicarles_0_SJ9IC6ugZ.html

Herrera, M. (Diciembre, 2008). Familias Cuidadoras, Familiar Solidarias y Acogimiento Familiar en el derecho argentino. En J. Farías (Presidencia), *Derecho de la Infancia y de la Adolescencia*. Conferencia llevada a cabo en el V Foro del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.

Herrera, M. (2014). *La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del Derecho de Familia contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial AbeledoPerrot.

Herrera, M. y Lamm, E. (2013). *Cobertura médica de las técnicas de reproducción humana asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia*. La Ley del 31/07/2013; La Ley Online AR/DOC/2899/2013

Kemelmajer de Carlucci, A. y Lamm E. (2012). Ampliando el campo del derecho filiar en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Derecho Privado, Volumen 1*.

Krasnow, A. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Bioética y Derecho, volumen 24*.

- LaViolette, N. (2007). Papá, mamá y mamá: la decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario en A.A v. B.B. *Canadian Bar Review*, Volumen 8. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803825
- Lembo, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial Intervención notarial. *Revista del notariado*, volumen 925. Recuperado de <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/01/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-a-la-luz-del-codigo-civil-y-comercial-intervencion-notarial/#1-consideraciones-generales>
- Llambías, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil parte general, tomo I*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- López Contreras, R. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Volumen 13. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- Maicá, J. J. y Marmeto, E. (2018). *El carácter constitucional-convencional de la pluriparentalidad en el sistema jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Microjuris.
- Merlo, L. M. (2013). *El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de Derecho de Familia tras la media sanción del Senado*. Buenos Aires: Editorial Microjuris.
- Pérez, A. (24 de Abril de 2015). Un bebé marplatense es el primero en Latinoamérica con triple filiación. *La Capital Mar del Plata sección la ciudad*. Recuperado de <http://www.lacapitalmdp.com/noticias/La-Ciudad/2015/04/24/280064.htm>

- Puig Peña, F. (1953). *Tratado de Derecho Civil Español, Derecho de Familia*. Barcelona: Editorial Clarasó.
- Rivero Clauso, J. P. (2016). Pluriparentalidad a la luz del código civil y comercial. *Análisis jurídico*, disponible en <http://analistasjuridicos.blogspot.com/2016/10/pluriparentalidad-la-luz-del-codigo.html>
- Rodríguez, C. (14 de Junio de 2015). El derecho de un niño a ser lo que realmente es. *Diario Página 12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-277027-2015-07-14.html>
- Rodríguez Iturburu, M. (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Revista de investigación en Docencia Universitaria de la Informática, Volumen 30*.
- Rodríguez Jiménez, S. (2012). El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor. *Boletín mexicano del derecho comparado, volumen 45*. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300011
- Rossell, E. (1992). *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Roudinesco, E. (2004). *La Familia en Desorden*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Silva, S. A. (11 de Julio de 2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida “monopolizan” la pluriparentalidad. *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humano*. Recuperado de

<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Sabrina-Anabel-Silva-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-11.07.2017.pdf>

Spina, M. y ZitoFontán, O. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Tavares da Silva, R. B. (28 de Septiembre de 2016). La multiparentalidad no pudo haber sido examinada por FTS. *Diario Estadao sección política*. Recuperado de <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/multiparentalidade-nao-poderia-ter-sido-examinada-pelo-stf/>

Valverde y Valverde, C. (1938). *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Valladolid.

Jurisprudencia

“A.A vs. B.B” Tribunal de Apelaciones de Ontario (02 de Enero de 2007). Recuperado de <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2007/january/2007ONCA0002.htm>

“Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de Diciembre de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

“Atila Riffo y niñas vs. Chile” Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de Febrero de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=en

“A., M. T. y Otro – Solicita Homologación” Juzgado de Familia de 1era Nominación de la ciudad de Córdoba (06 de agosto de 2018). Recuperado de:

<file:///C:/Users/Bangho/Downloads/44-Art%C3%ADculo-118-1-10-20181115.pdf>

“C.M.F y otros s/ materia a categorizar” Juzgado de Familia de la 2da Nominación de Mar del Plata (24 de Noviembre de 2017). Recuperado de: AR/JUR/103023/2017

“Dawn, M. vs. Michael, M” Corte Suprema del estado de Suffolk, Nueva York (08 de Marzo de 2017) recuperado de <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2017/2017-ny-slip-op-27073.html>

“Fornerón e hija vs. Argentina” Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de Abril 2012). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf

“H. M. y otro/a s/ Medidas Precautorias” Juzgado de Familia de la 7ma Nominación de la ciudad de Lomas de Zamora (30 de Diciembre de 2015). Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/04/14/inconstitucionalidad-del-art-562-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-que-en-la-gestacion-por-sustitucion-no-reconoce-la-maternidad-de-la-mujer-que-ha-expresado-su-voluntad-procreacional-median/>

“L.P.R, R.C. y M.B.R. s/ Acción civil declaratoria de multiparentalidad” Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul (12 de Febrero de 2015). Recuperado de <http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf>

“Otros s/Filiación” Juzgado de Familia de la 5ta Nominación de la ciudad de Rosario (27 de Mayo de 2016). Recuperado de:

https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=21affc76f60508789760904593bbf608&hash_t=8c6363e27690164362bd4f9dfc1870fe

Recurso extraordinario 898.060 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Tribunal Pleno, Relator Min. LuizFux (22 de Septiembre de 2016) recuperado de <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>