

Expte. n° 8802/12 “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

Buenos Aires, 24 de agosto de 2012

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. El actor plantea demanda, en los términos del art. 113, inc. 2, de la CCBA, contra la Disposición 5/2012 del Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en cuanto regula el labrado de “actas de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo” en la CABA. El accionante impugna el mencionado precepto porque:

(i) la inscripción de hijos prevista por la normativa atacada para el caso de un niño con padres del mismo sexo, incluye una “...anotación aclaratoria de la situación marital” relativa a que las madres están civilmente casadas, cuando el acta para supuestos de una pareja heterosexual se realiza “sin ninguna clase de anotación aclaratoria de la situación marital” (fs. 12 y 24 vuelta). La distinción entre los supuestos mencionados configuraría, según postula la demanda, “...una desigualdad discriminatoria injustificada” (fs. 24 vuelta) así como “...una negación de la titularidad del pleno ejercicio de la patria potestad de forma conjunta respecto de las dos madres” (fs. 12 vuelta);

(ii) la omisión en que incurre la disposición atacada al no contemplar “...que dos hombres puedan registrar un nacimiento garantizando la copaternidad registral” coloca “a las personas gay y lesbianas en una posición desigualitaria” (fs. 13 y 28);

(iii) la obligación de dejar constancia al pie del acta del número de la Disposición 5/2012, cuando se registre la inscripción de un nacimiento de los previstos en la normativa atacada, desatiende que “...la Resolución 38/2012 establece claramente que se deberá dejar constancia, respecto del solicitante no biológico, que procede en los términos del art. 42 de la ley 26.618, la ley 23.849 y la ley 26.061” (fs. 13).

2. Los defectos mencionados, a criterio del accionante, afectarían el principio de jerarquía porque la disposición impugnada se aparta de las previsiones establecidas por la resolución 38/2012, del Subsecretario de Justicia de la CABA, orientada a garantizar la “registración igualitaria”

mediante “instrucciones precisas, sobre el labrado de las actas de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo” (fs. 2 y fs. 12 ss).

Además, la normativa atacada, concretaría una “violación del derecho a la no discriminación basado en la orientación sexual de las personas” garantizado por la Constitución Nacional y por los diversos tratados que cita (fs. 14/20). En esa línea, la demanda destaca que la ley 26.618 al regular la institución matrimonial sin distinción alguna basada en la orientación sexual reconoce “la obligación del Estado constitucional de derecho argentino de garantizar por medio de una herramienta legal el pleno ejercicio de los derechos a las personas que constituyen relaciones de pareja vinculadas por el matrimonio cualquiera sea su orientación sexual...” (fs. 21).

Finalmente, el precepto en cuestión también menoscabaría “el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y de la protección de las relaciones familiares entre padres y niños”, conforme las previsiones de la Convención del niño que se citan en el escrito inicial (fs. 25 ss).

3. Al emitir su dictamen, el Sr. Fiscal General, propició que la acción planteada se declare inadmisibles porque la demanda padecería “un defecto de fundamentación substancial” que obsta la tramitación de la acción. Ello así, por cuanto, según explica, el supuesto previsto en la normativa impugnada no diferiría de aquel contemplado en la ley nacional ni en la resolución 38/2012, en la medida que ninguno de ellos incluiría la hipótesis de inscripción de un hijo a requerimiento de dos varones. En cuanto a la objeción relativa al art. 4 de la disposición impugnada, el Fiscal, sostiene que no se advierte ni se ha fundado suficientemente que la referencia a la disposición, en el pie del asiento del acta, transgreda la igualdad ni atente contra los objetivos en que se inspira la resolución 38/SSJ/2012.

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo establecido por el art. 18, inc. 1, de la ley n° 402.

La norma que cuestiona, DI-2012-5-DGRC, a los efectos de la acción intentada, es de carácter general y ha sido emitida por una autoridad de la ciudad, tal como exige el art. 113 inc. 2 de la CCBA (v. mi voto en “Cátedra, Ricardo y otro c/ GCBA s/ acción declarativa de

inconstitucionalidad”, expte. n° 3570/04, sentencia del 2/3/2005) Además, la pretensión se circunscribe a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la normativa impugnada (fs. 29).

2. Sin embargo, la demanda resulta parcialmente inadmisibles, en cuanto cuestiona la DI-2012-5-DGRC por no contemplar el supuesto de inscripción de un niño con dos padres varones y por ordenar incluir en el acta una referencia al estado marital de quienes requieren la inscripción cuando se trata de personas del mismo sexo.

3. En primer término, corresponde destacar que el confornte entre el art. 36, inc. c, de la ley 26.413 —según texto modificado por ley 26.618— y las previsiones de la resolución 38/SSJUS/12 (art. 1), así como de lo establecido en la disposición impugnada (arts. 1 y 2), acredita que no hay diferencia entre ellas.

Para lo que aquí importa, la ley 26.618, establece:

ARTICULO 36. — Sustitúyese el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente forma:

c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, **en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge**, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta.

La resolución 38-SSJU-2012 en sus considerados señala:

“Que, existen casos de precedentes de solicitudes de inscripciones de personas del mismo sexo, casadas en primeras nupcias, en los términos de la ley de matrimonio igualitario, que han solicitado la inscripción de filiación, siendo una de las partes madre biológica. Así, conforme las constancias de partos una de las solicitantes de inscripción resulta ser la que ha dado a luz en parto al niño y que la otra solicitante resulta su conyugue //Que, **resultaría aplicable a los hijos biológicos de una de las contrayentes nacidos dentro del matrimonio igualitario, las disposiciones del Código Civil y que nada resultaría óbice para que se inscriban con el primer apellido de cualquiera de las conyugues**, agregando seguidamente el otro sin hacer distinciones no previstas en la ley//

En función de ello, el Subsecretario de Justicia resuelve:

“Artículo 1°.- Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, **cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618**, evitando adicionar constancia lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as//

Artículo 3°.- Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que en lo sucesivo las actas de nacimientos, certificados, constancias y en toda documentación atinente se *deberá cumplir en relación con el nombre, las estipulaciones del art.37 de la ley 26.618, modificatorio del art.4to de la ley 18.248*”.

A su turno la, la DI-2012-5-DGRC, prevé:

“Art. 1 (...) En el acta de nacimiento deberá consignarse el nombre del Niño o de la Niña y su apellido de conformidad con lo que soliciten la **madre y su cónyuge**, el de cualquiera de ellas o ambos en el orden que solicitaran o en orden alfabético si no hubiera acuerdo”

Art. 2: En el primero espacio destinado a la filiación, se consignará el nombre y apellido; tipo y N° de documento de identidad o edad y nacionalidad de **la madre**. En el segundo espacio, el nombre apellido; N° de documento de identidad o edad y nacionalidad de **la cónyuge de la madre**. En el campo interviniente se consignarán los apellidos de las comparecientes”.

La transcripción realizada muestra que es la norma nacional la que no contempla la inscripción de hijos solicitada por dos padres varones, pues sólo prevé el supuesto de hijos matrimoniales de una mujer y su cónyuge del mismo sexo. También proviene del régimen nacional la exigencia según la cual la co-maternidad está prevista para dos mujeres que sean cónyuges entre sí.

Esa opción legislativa, como potestad exclusiva del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12), no podría quedar válidamente alterada por la resolución 38/SSJ/2012, como parece asumir el accionante al requerir la inconstitucionalidad de la DI-2012-5-DGRC con apoyo en la inteligencia que le asigna a la referida resolución 38-SSJU-2012 en cuanto estableció “un sistema de inscripción registral en donde las inscripción registral de los

nacimientos de los hijos/as de las personas homosexuales no sufrieran ninguna clase de distinción arbitraria, hostil, discriminatoria debido a su opción sexual” (fs. 12).

4. El alcance de las modificaciones que la normativa nacional formuló en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo *supra* analizado, aparece explícitamente avalado por el DNU 1006/2012 del PEN, que dispone un régimen temporario de rectificación de partidas de nacimiento correspondientes a niños menores de dieciocho años “de matrimonios conformados por DOS (2) mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el art. 36, inciso c) de la ley 26.413” con exclusión de las actas relativas a un menor “que tuviere una filiación paterna inscrita con anterioridad” (art. 5).

En el contexto reseñado, la invocada vulneración del principio de jerarquía, en el aspecto que nos ocupa, pierde todo sustento pues, según quedó expuesto, el precepto local impugnado no se aparta de la regulación marco a la que debe ajustarse de acuerdo con la cláusula de supremacía (art. 31 de la CN).

5. A su turno, cualquier incompatibilidad que pudiera existir, a partir de las objeciones formuladas en la demanda, entre, por un lado, el régimen de inscripción local de hijos/as de padres del mismo sexo y, por otro, el bloque constitucional y convencional que protege la igualdad, exigiría analizar la validez de normas nacionales porque ellas regulan los aspectos impugnados. Ese control, conforme lo ha señalado desde sus comienzos este Tribunal, excede el ámbito del proceso instado, circunscripto a controlar en abstracto la constitucionalidad de normas generales emanadas de autoridades de la CABA (art. 113 inc. 2 de la CCBA y TSJ en “Bill, Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 36/99, sentencia del 18/7/1999).

Ello así, no es posible dar trámite a la demanda en relación con los puntos analizados, por cuanto el accionante no se hace cargo de formular ninguna argumentación relativa al mencionado impedimento, que determina el rechazo parcial de la acción porque la pretensión instada abarca el control de una regulación ajena al universo de las contempladas para la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada (art. 113, inc. 2, de la CCBA).

6. En cambio, la objeción vinculada con la obligación prevista en el art. 4 de la DI-2012-5-DGRC —en tanto manda dejar constancia al pie del acta del número de la Disposición 5/2012, cuando se registre la inscripción

de un nacimiento de los previstos en la normativa atacada—, viene formulada con apoyo en la incompatibilidad que existiría entre, esa exigencia y lo previsto tanto por el art. 42 de la ley 26.618 como por la resolución 38/2012, en desmedro del principio de jerarquía así como de la igualdad garantizada por la Constitución Nacional y los tratados citados en la demanda.

A ese respecto, la demanda remite a un confronte de validez constitucional sin que, en este punto, acorde con el grado de análisis propio de la etapa de admisibilidad, resulte manifiesta la existencia de argumentos soslayados por la accionante que pudieran indefectiblemente conducir al rechazo de la pretensión y, por eso, corresponde admitirla formalmente en ese aspecto.

Por las razones dadas, de acuerdo parcialmente con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, voto por rechazar la demanda en cuanto cuestiona los arts. 1 y 2 del precepto atacado, declararla formalmente admisible en relación con la impugnación del art. 4 de la DI-2012-5-DGRC y ordenar que, a ese respecto, se corra traslado al GCBA en la forma y por el plazo establecido en el art. 21 de la LPT.

El juez Pablo Alberto Bacigalupo dijo:

1. Motiva la intervención de este Tribunal, la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. Andrés Gil Domínguez, que luce a fs. 10/29vta.

La legitimación del actor surge del art. 18, inciso 1º de la ley nº 402 y la demanda se dirige contra una norma de carácter general – Disposición Nº DI-2012-5-DGRC-, emanada de una autoridad de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que puede ser objeto de la acción de control concentrado de constitucionalidad, de conformidad con lo establecido por los artículos 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 de la LPTSJ. Asimismo, la presentación tiene por finalidad que se declare la invalidez de la reglamentación impugnada, pues –a criterio del letrado– desconocería principios de índole constitucional local (art. 11, CCABA), nacional (arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22, CN) y de derecho internacional (arts. 2 y 3 de la CDN; 26 del PIDCyP; entre otros).

2. Sin perjuicio de ello, coincido con el señor juez de trámite, Dr. Luis Francisco Lozano, en cuanto postula que la demanda resulta sólo parcialmente admisible, pues como desarrollaré a continuación, únicamente la crítica que dirige respecto del art. 4º de la DI-2012-5-DGRC satisface, a mi modo de ver, la carga de fundamentación que este tipo de acción, en particular, requiere (art. 19, inc. b, de la ley nº 402).

3. a) Tal como fue extractado en los “resulta”, el Dr. Gil Domínguez plantea que la DI-2012-5-DGRC deviene discriminatoria y no observa el principio de jerarquía normativa, pues solamente prevé el modo en que deben ser labradas las actas de nacimiento de hijos de matrimonios del mismo sexo constituidos por mujeres, omitiendo brindar instrucciones para los supuestos en que los hijos fuesen de enlaces entre dos hombres. Ello, según afirma, se opone a la Resolución N° 38/SSJUS/12 dictada el 22 de febrero de 2012, por el señor Subsecretario de Justicia (BOCBA N° 3864 del 2/3/2012) y a la interpretación extensiva y analógica que, a su juicio, debería darse al art. 36, inciso c, de la ley nacional n° 26.413 -con la reforma introducida por la ley n° 26.618 (BO:22/7/2010)-, normas ambas de rango superior a la cuestionada.

Ahora bien, luego de confrontar el texto de los arts. 1° a 3° inclusive de la mencionada Disposición (la cual posee un total de cinco artículos, siendo el 5° en el que simplemente se disponen las comunicaciones de estilo), con el de la Resolución n° 38/SSJUS/12 y el del art. 36, inciso c, de la ley n° 26.413, este último con la reforma introducida por la ley n° 26.618, debo señalar que no advierto contradicción alguna entre ellos, como tampoco, que los primeros tres artículos de la disposición atacada impliquen una reglamentación que, por exceso u omisión, desnaturalice o se aparte de lo establecido en las segundas.

Siguiendo el orden cronológico de publicación y dictado de las normas involucradas en autos, surge que:

- El art. 36 de la **ley n° 26.618**, sustituyó el **inciso c) del art. 36 de la ley n° 26.413** –de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas-, el que, ubicado en el Capítulo VII, titulado “Nacimientos”, quedó redactado de la siguiente forma: *“La inscripción deberá contener:...c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad...”* (el destacado me pertenece)

- De los Considerandos de la **Resolución N° 38/SS/JUS/12**, surge que el Subsecretario de Justicia Porteño, tuvo en cuenta: *“Que, corresponde unificar criterios interpretativos que eviten la judicialización innecesaria de trámites...Que, existen casos de precedentes de solicitudes de inscripciones de personas del mismo sexo, casadas en primeras nupcias, en los términos de la ley de matrimonio igualitario, que han solicitado la inscripción de filiación, siendo una de las partes madre biológica. Así, conforme las constancias de partos una de las solicitantes de inscripción resulta ser la que ha dado a luz*

en parto al niño y que la otra solicitante resulta su cónyuge...Que, resultaría aplicable a los hijos biológicos de una de las contrayentes nacidos dentro del matrimonio igualitario, las disposiciones del Código Civil y que nada resultaría óbice para que se inscriban con el primer apellido de cualquiera de las cónyuges, agregando seguidamente el otro sin hacer distinciones no previstas en la ley...Que, si bien es cierto que la modificación en materia matrimonial efectuada por la ley 26.618, no manifiesta una reforma de las disposiciones de filiación del Código Civil, cierto es que, la interpretación armónica y extensiva en el sentido amplio, de la norma de los arts. 242 y 243 del precitado cuerpo legal, podrá establecer que la filiación de un niño /a queda determinada por el hecho del nacimiento y **la asimilación que brinda la institución del matrimonio para la cónyuge que no ha dado a luz...**

A razón de las consideraciones apuntadas, resolvió:

“Artículo 1º.- Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo **respetando los términos de la ley 26.618**, evitando adicionar constancia[s] lesivas o discriminatorias, y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as.

Artículo 2º.- Disponer que en lo sucesivo la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, dejará constancia en los casos previstos en el artículo primero, respecto del solicitante no biológico, que procede en los términos del art. 42 de la ley 26.618, la ley 23.849 y la ley 26.061.

Artículo 3º.- Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que en lo sucesivo las actas de nacimientos, certificados, constancias y en toda documentación atinente se deberá cumplir en relación con el nombre, las estipulaciones del art. 37 de la ley 26.618, modificadorio del art. 4to. de la ley 18.248.

Artículo 4º.- Instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que suprima de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales, toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad.”

El último artículo, dispone las comunicaciones de rigor.

- En respuesta a las instrucciones dadas por el Subsecretario de Justicia local, el Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, dictó la **DI-2012-5-DGRC**, estableciendo que:
“Art. 1º: APELLIDO DEL NACIDO/A. En el acta de nacimiento deberá consignarse el nombre de pila del Niño o de la Niña y su apellido de conformidad con lo que soliciten **la madre y su cónyuge, el de cualquiera de ellas o ambos en el orden que solicitaran o en orden alfabético si no hubiera acuerdo.**

Art. 2º: *En el primero espacio destinado a la filiación, se consignará el nombre y apellido, tipo y Nº de documento de identidad o edad y nacionalidad **de la madre**. En el segundo espacio, el nombre apellido; tipo y Nº de documento de identidad o edad y nacionalidad **de la cónyuge de la madre**. En el campo interviniente se consignarán los apellidos de los comparecientes.*

Art. 3º: *El acta deberá ser suscripta por **la madre y su cónyuge**.*

Art. 4º: SE DEJARÁ CONSTANCIA AL PIE DEL ASIENTO, DEL NÚMERO DE LA PRESENTE DISPOSICIÓN.

Art. 5º: *Comuníquese.....”*

Como adelantara, la lectura de los textos legales precedentemente transcritos revela que, a excepción de su art. 4º -cuyo análisis abordaré en el siguiente punto-, el resto de la DI-2012-5-DGRC se ajusta a las prescripciones de la norma nacional –art. 36, inciso c) de la ley nº 26.413, con la modificación introducida por ley nº 26.618-, siendo esta última la que no ha previsto la circunstancia que reclama el actor, esto es, la inscripción registral de hijos solicitada por dos hombres. Tampoco advierto conflictos entre aquélla y la Resolución Nº 38/SSJUS/2012, desde el momento en que ésta, al instruir a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para que, en adelante –y a efectos de evitar la judicialización innecesaria de trámites- se admitan y procedan a las inscripciones registrales de hijos cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo, aclara expresamente que ello deberá realizarse **“respetando los términos de la ley 26.618”** (conf. Artículo 1º), es decir, en los supuestos por ella contemplados.

Y no podría haber sido de otra manera, tanto a la luz de la prelación jerárquica establecida en el art. 31 de la CN, como de la atribución exclusiva que, para dictar los Códigos de fondo –en el caso, en materia civil-, sea en cuerpos unificados o separados, el art. 75, inciso 12 de la misma Ley Fundamental coloca en cabeza del Congreso Nacional.

No existen dudas de que lo reglado en el inciso c) del art. 36 de la Ley nº 26.413, con la modificación impuesta por ley nº 26.618, importa una cuestión sustantiva de derecho civil que, como tal, fue adoptada por el Congreso Federal; como tampoco, de que dicha norma no prevé la

inscripción registral de hijos de matrimonios compuestos por dos hombres. En tales condiciones, queda claro que es la norma nacional la que no contempla la circunstancia pretendida por el actor, razonamiento que este último no ha controvertido y que ha tratado de sortear, planteando la *“interpretación constitucional”* que para esa parte correspondería dar al precepto en trato, cuya redacción, sostiene, *“sólo tiene un efecto meramente descriptivo”* (conf. fs. 22vta, último párrafo y fs. 23).

Tal temperamento adoptado por el legislador nacional, no podría –y de hecho, como ya explicase, no lo fue- resultar válidamente modificado por la resolución 38/SSJUS/12, y menos aún por la DI-2012-5-DGRC, pues en el esquema piramidal de nuestro ordenamiento jurídico, las reglamentaciones dictadas por el poder ejecutivo se encuentran sometidas a la Constitución y a las leyes, en función de una relación jurídica de subordinación que impone que las primeras no puedan vulnerar la letra ni el espíritu de las segundas.

La interpretación de la resolución del Subsecretario de Justicia local que propone el actor en la demanda, asignándole una inteligencia comprensiva de los casos de hijos de matrimonios donde ambos cónyuges fuesen hombres, en base a la cual denuncia la inconstitucionalidad de la disposición adoptada por el Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, además de no ser compartida por el suscripto a partir del análisis de los referidos textos legales efectuado en las líneas que anteceden, desconocería el principio de jerarquía que el propio impugnante invoca como fundamento de su pretensión.

Lo expuesto obliga al rechazo parcial de la acción en orden a los ítems examinados, teniendo en cuenta que la DI-2012-5-DGRC impugnada no exhibe contradicciones, no se aparta ni vulnera preceptos de las normas legales superiores que determinaron su dictado, a las cuales debe subordinarse.

Tal como advierte el Dr. Lozano en su voto, el antagonismo que sostiene el Dr. Gil Domínguez entre las disposiciones locales sobre inscripción de hijos solicitada por matrimonios entre personas del mismo sexo y el principio de igualdad consagrado en la CN, la CCABA y los tratados internacionales que cita, exigiría analizar la validez constitucional de las normas nacionales que regulan dicha materia, lo cual resulta ajeno al marco de la acción que se ha intentado, que tiene por exclusivo objeto el análisis abstracto de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad (conf. arts. 113 inc. 2 de la CCABA; y 17 de la ley 402)..

3. b) Distinta es la situación relativa a la crítica formulada respecto

del artículo 4º de la DI-2012-5-DGRC, que establece la obligación de dejar constancia, al pie del acta, del número de esa Disposición. Ello, no puede tener otra finalidad –claro está- que la de identificar que el registro corresponde al nacimiento de un niño o niña, cuya madre biológica se encuentra casada con alguien de su mismo sexo.

Sobre el punto, considero que el actor ha logrado explicar, más allá de su acierto o desacierto –lo cual será evaluado al dictar la sentencia definitiva-, por qué considera que el precepto indicado contraviene lo establecido en el art. 42 de la ley nº 26.618 -en tanto prescribe la igualdad de derechos y obligaciones para los integrantes de las familias originadas en matrimonios entre personas de distinto y del mismo sexo- y en la resolución 38/SSJUS/12 –cuyo artículo 4º instruye en orden a la supresión en todos los documentos oficiales del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de “*toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad*”; con afectación a los principios constitucionales de jerarquía (art. 31, CN) y de igualdad (arts. 16 y 75 inc. 22, CN; 11, CCABA y los tratados internacionales que enumera).

4. Por los argumentos expuestos, voto por: I) declarar parcialmente admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. Andrés Gil Domínguez a fs. 10/29 vta., en relación a las objeciones que formula al art. 4º de la DI-2012-5-DGRC; II) rechazar la demanda entablada en contra de los restantes preceptos de la precitada Disposición; y III) correr traslado de la presente acción al Gobierno de la CABA, en la forma y término previstos en el art. 21 de la ley 402.

La jueza Ana María Conde dijo:

1 .De acuerdo con lo previsto por el art. 18 inc. 1º de la ley 402, el actor se encuentra legitimado para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad.

2. La Disposición nº 5/12 del Director General del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya validez constitucional se encuentra en juego, es una norma de carácter general emanada de una autoridad de la Ciudad. Corresponde señalar que, más allá de que el presentante no lo aclara en su escrito de demanda, es posible inferir que el cuestionamiento abarca la citada disposición en su totalidad (arts. 1º a 4º) y que si bien es cierto que el Tribunal no admite, por regla, la impugnación de una determinada normativa “*in totum*” (conf. “Bidonde, Héctor y otro c/ GCBA s/ acción

declarativa de inconstitucionalidad, expte. n° 4250/05 ad”, resolución del 2 de noviembre de 2005; “Cátedra, Ricardo y otro c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3570/04 resolución del 2 de marzo de 2005; “Echegaray, Patricio y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 4286/05, resolución del 15 de marzo de 2006; entre otros) en este caso es posible analizar la admisibilidad soslayando tal aspecto pues los cuatro artículos guardan conexión temática y se encuentran materialmente vinculados.

3. El actor plantea en su demanda la inconstitucionalidad de la Disposición enunciada por considerar que la norma no respeta el principio de jerarquía de las leyes pues se aparta de lo dispuesto en una norma local superior, la Resolución n° 38 dictada por la Subsecretaría de Justicia de la CABA que instruye al Registro *“...para que en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores”* (art. 1°), bajo las modalidades que se especifican en los arts. subsiguientes (arts. 2, 3 y 4). Sostiene además, que la norma objetada violenta el derecho a la no discriminación basado en la orientación sexual de las personas y el interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y de la protección de las relaciones familiares entre padres e hijos (escrito de demanda, fs. 10 vta./11).

En virtud de estas consideraciones, concreta sus impugnaciones constitucionales sobre la Disposición 5/12 entendiendo que se configura una situación de discriminación injustificada en cuanto: 1) la inscripción registral de hijos/as de personas del mismo sexo, requiere una anotación aclaratoria de la situación marital de quienes figurarían como madres, lo que no ocurre en las partidas de nacimiento de hijos/as de personas heterosexuales (fs. 12); 2) omite contemplar la inscripción registral de hijos/as de dos hombres, colocando a las personas gays en distinta situación que las lesbianas (fs.13) y 3) la obligación de dejar constancia al pie del acta del número de la Disposición 5/12 cuando se trate de registrar la inscripción de hijos/jas de personas del mismo sexo, generando una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo contrarios al principio de igualdad (fs. 13).

4. La presentación efectuada por el actor exhibe, en mi criterio y como se evaluará seguidamente, deficiencias que impiden considerarla idónea para habilitar un trámite como el que se deriva de la acción prevista en el art. 113, inc. 2° CCABA.

La declaración de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo que en ella se presenta a la consideración del Tribunal contenga un debate constitucional fundado con seriedad en el sistema de normas que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad, lo que no ocurre en la presentación en estudio. En efecto, tal como lo demuestra el Sr. Juez de trámite en su voto, confrontada la norma objeto de impugnación con la Resolución n° 38 SSJU 2012 y con las normas nacionales 26.413 (de Registro de estado y capacidad de las personas) y matrimonio igualitario) y 26.618 (de matrimonio igualitario) y DNU 1006/2012 del PEN, no se revelan diferencias en el trámite de inscripción de nacimientos de hijos/as de personas del mismo sexo. Es decir, se prevén en ambas categorías de normas, básicamente, similares instrucciones respecto de la cuestión que nos ocupa.

De tal manera, no se evidencia ningún menoscabo al principio de jerarquía normativa (art. 31 CN), pues existe correspondencia entre las normas superiores y las disposiciones de los arts. 1° a 3° de la Disposición 5/12 del Registro local. Por lo demás, y en virtud del mismo principio que el actor aduce afectado, tampoco existe posibilidad de que—por esta vía— se dé a las normas locales un alcance que venga a desvirtuar lo dispuesto por el Poder Legislativo de la Nación en las leyes nacionales que regulan la materia. Menos posible todavía resulta, por imperativo del art. 113 inc. 2 CCABA, la pretensión de analizar la validez constitucional y convencional de estas normas nacionales desde la plataforma que prevé la acción declarativa de inconstitucionalidad local, prevista exclusivamente para operar sobre “normas generales emanadas de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires”.

En suma, tal como surge de la presentación de la demanda, el actor no ha logrado sustentar un planteo serio fundado en una afectación al derecho a la igualdad (art. 16 CN), ni ha dado argumentos para establecer la existencia de una “desigualdad discriminadora injustificada” (fs. 24 vta.) basada en la distinta orientación sexual de las personas o que afecte el superior interés del niño o las relaciones paterno-filiales (fs.25). No basta, para dar curso al trámite a la acción declarativa de inconstitucionalidad, que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo por él formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza (conf. mi voto en “Cátedra, Ricardo y otro c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”; expte. n° 3570/04; resolución del 2 de marzo de 2005) y sólo se sustenta en aserciones y opiniones demostrativas de su discrepancia con los criterios que han valorado las autoridades al momento de fijar una determinada

regulación, y que se han mantenido acordes con el marco general de actuación determinado por leyes de orden nacional.

5. Por último, y con respecto al art. 4° de la Disposición 5/12, que el Sr. Juez de trámite propicia admitir para su análisis por no estar comprendido en las leyes nacionales que impiden el tratamiento de los restantes artículos, debo señalar que tampoco considero seriamente fundada la presentación en cuanto a la objeción constitucional que habilitaría el debate de la cuestión en audiencia pública.

En efecto, el impugnante considera una discriminación que se prevea dejar constancia en el acta —al pie del asiento— del número de la Disposición ahora cuestionada, pero sin explicar ni fundamentar por qué motivo tal constancia podría resultar discriminatoria para los comparecientes. Se sostiene desde la demanda que la alegada categoría discriminatoria estaría basada en la orientación sexual de las personas (fs. 14), más ello no aparece como argumento razonable si se repara en la circunstancia de que todas las actas de nacimiento contienen los nombres de las personas que comparecen —en el carácter que fuera: madre, padre, o madre y cónyuge de ella— al acto de inscripción del nacido. Es decir, si son personas del mismo sexo quienes requieren la anotación, ello surge a la vista del documento más allá de la existencia o no de la constancia relativa a la normativa que regula la inscripción.

Por lo demás, forzoso es señalar que la Resolución 38/SS-JUS/12 con la que establece el actor un confronte según el cual quedaría demostrado, en su opinión, la afectación del principio de supremacía normativa, también prevé dejar la constancia de que la inscripción “*procede en los términos del art. 42 de la ley 26.618, la ley 23.849 y la ley 26.061*” (Res. 38/SS-JUS/12, art. 2°). Es más, de la presentación de demanda parece surgir un reclamo en cuanto a que se lleve a cabo tal anotación, en lugar de la que regula la Disposición 5-12 cuestionada (vers. 11 vta. Y 13), sin advertirse con claridad por qué motivo una se reclama y la otra se rechaza. Esta circunstancia priva de fundamento razonable la impugnación que se pretende en este punto.

Las deficiencias argumentales señaladas precedentemente resultan suficientes para rechazar la acción intentada, pues este Tribunal no puede, sobre la base de argumentos endebles y parciales, poner en marcha un mecanismo de control constitucional de la envergadura del previsto en el art. 113 inc. 2° CCABA. Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General corresponde declarar inadmisibles la acción intentada.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Concuero con los fundamentos expresados en los puntos 1 a 5 del voto del Sr. Juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, en tanto explican con suficiencia las razones que conducen a declarar la inadmisibilidad de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, en punto al cuestionamiento de la disposición n° 5/2012 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas por no prever el supuesto de inscripción de hijos con dos padres varones y por ordenar incluir en el acta una referencia al estado marital de quienes requieren la anotación cuando se trata de personas del mismo sexo.

2. Desde mi punto de vista, la acción deducida también resulta inadmisibile en cuanto intenta objetar puntualmente el art. 4° de la referida disposición n° 5/2012, por establecer que *“(s)e dejará constancia al pie del asiento del número de la presente disposición”* cuando se registre la inscripción de un nacimiento de los previstos en esta normativa.

2.1. En este aspecto, la apertura del debate se ve frustrada ante la ausencia de una fundamentación sólida y convincente dirigida a explicar por qué motivo una anotación como la criticada, por sí misma, resulta susceptible de producir efectos discriminatorios desde un enfoque constitucional. Es que, independientemente de esa anotación marginal, del cuerpo mismo del acta de nacimiento surge el nombre y apellido de las personas que inscriben al niño o niña.

Por lo demás, el planteo abordado desde la perspectiva de la alegada vulneración del principio de jerarquía normativa tampoco se sostiene suficientemente, al menos en la manera en que viene formulado. En efecto, si bien la accionante postula que la disposición n° 5/2012 se habría apartado de reglas jurídicas de superior jerarquía que identifica en su demanda, lo cierto es que de su lectura no se desprende de modo ostensible que ellas impidan regular las modalidades de confección de un acta de nacimiento de la forma en que se hizo en la disposición objeto de tacha.

Es más, tal como lo explica en el punto 5 de su voto mi colega la jueza Ana María Conde, en una de esas reglas superiores que regirían el caso, la resolución n° 38/12 de la Subsecretaría de Justicia del GCBA, se establece expresamente que se *“dejará constancia (...) respecto del solicitante no biológico, que procede en los términos del art. 42 de la ley n° 26.618, la ley n° 23.849 y la ley n° 26.061”* (cf. art. 2°), con lo cual la oposición entre este precepto —que el Dr. Gil Domínguez entiende razonable— y el impugnado en la demanda tampoco surge de manera palmaria y por ello debió ser debidamente explicada, al igual que la

supuesta contraposición de la disposición n° 5/2012 con las distintas leyes nacionales que guardan relación con el tema.

2.2. El Tribunal desde sus primeros pronunciamientos ha señalado *“que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad”* (in re: *“Massalin Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”*, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/99, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. I, 1999, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 119 y siguientes). Asimismo, este Estrado ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (cf. mi voto in re: *“Cátedra, Ricardo y otro c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”*, expte. n° 3570/04, sentencia del 2 de marzo de 2005, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. VII-2005-A, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 98 y siguientes).

2.3. En consecuencia, el planteo, tal cual ha sido formulado hasta hoy, se exhibe insuficiente para adentrarse en la consideración de la inconstitucionalidad de la norma que se pretende poner en crisis.

Lo expresado no importa asumir una actitud restrictiva para el andamio de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, de la CCABA, reglamentada mediante la ley n° 402. Simplemente corresponde exigir de parte de los accionantes la mínima satisfacción de los requisitos de fundamentación para que la petición pueda ser adecuadamente apreciada. Ello así, pues lo que está en juego es la invalidación de una norma que, aún en el control difuso de constitucionalidad, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *última ratio* del ordenamiento jurídico, según lo he sostenido con anterioridad (cf. mi voto en el precedente *“Cátedra”*, ya citado).

Por las consideraciones expuestas y las vertidas en sentido concordante en el dictamen del Sr. Fiscal General (fs. 33/35 vuelta), considero que corresponde declarar inadmisibile la presente acción declarativa de inconstitucionalidad. **Así lo voto.**

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inciso 2, de la ley n° 402.

2. La Disposición n° 5/2012 del Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la C.A.B.A., es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad; en consecuencia, puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los artículos 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 LPTSJ.

3. La presentación del accionante, exhibe una poco desarrollada argumentación constitucional, insuficiente para admitir la acción intentada. Los fundamentos que sustentan el planteo —a pesar de su pretendida erudición— no aparecen expuestos en la forma que lo requiere el art. 19, inc. 2, de la LPTSJ y la jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal ha señalado “que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad” (*in re* “Massalin Particulares S. A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/99, en *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJ, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, p. 59).

Asimismo el Tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* “Alegre Pavimentos SACICAFI c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 366/00, resolución del 20/6/00).

Si bien el accionante señala de manera concreta la norma impugnada e identifica aquéllas otras de tipo constitucional con las cuales entiende que colisiona, no satisface adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados ni aporta de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión.

Las recurrentes alusiones a los ideales de Estado Constitucional de Derecho —en especial la garantía de igualdad y no discriminación—, no logran explicar con suficiencia y precisión por qué la Disposición 5/2012

ya citada vulnera las reglas constitucionales invocadas; reglas estas últimas de amplio contenido axiológico por lo que el cumplimiento de la carga de demostrar la relación directa requiere de un desarrollo del que la acción carece.

4. En consecuencia, voto por declarar inadmisibile la demanda.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Declarar formalmente inadmisibile la demanda interpuesta a fs. 10/29 por Andrés Gil Domínguez.

2. Mandar que se registre, se notifique y se archive.

Firmado: Ruiz. Lozano. Conde. Casas. Bacigalupo