

N° ____ Rosario, ____ de marzo del 2021.

Y VISTOS: estos autos caratulados "O., P. A. Y D., O. A. S/ VENIAS Y DISPENSAS" (CUIJ ...), que tramitan por ante este Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Rosario.

DE LOS QUE RESULTA QUE: a fs. 61/68 se presentaron O. A. D. (DNI N° ...) y P. A. O. (DNI N° ...), con el patrocinio letrados de las Dras. Julieta Duluc y Viviana Saccone, y solicitaron autorización para realizar un tratamiento de reproducción humana asistida que se llevará adelante en el Instituto PROAR de esta ciudad y que consistirá en la fecundación *in vitro* de un embrión que se formará utilizando óvulos de una donante anónima y material genético de O. A. D., seguido de la transferencia embrionaria a E. N. G. (DNI N° ...), cuñada del Sr. O. Solicitaron también que se ordenase que la persona que nazca fuese inscripta como hijo o hija suyo. Refirieron que tras 11 años de pareja y 10 de convivencia habían decidido ampliar su familia y que debido a la imposibilidad física de procrear habían comenzado con el armado de la carpeta para inscribirse en el Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos (RUAGA), la que finalmente fue presentada el 11 de noviembre del 2015. Refirieron también que transcurridos 4 años sin resultados positivos para la adopción y en vistas de que el proceso adoptivo era un camino largo y tortuoso, habían concurrido al centro médico PROAR, donde les habían informado que para ser padres podían acceder al tratamiento de reproducción humana asistida con ICSI (Microinyección intracitoplasmática de espermatozoides) con

semen homólogo, ovodonación y útero subrogado. Expresaron que habían manifestado su deseo procreacional en diferentes conversaciones familiares y que la Sra. G., esposa del hermano del Sr. O., M. E. O. y madre de sus sobrinos menores de edad, M. D., C. E. y T. B. O., se había ofrecido de manera totalmente desinteresada a llevar adelante el embarazo.

A fs. 78 dicté el primer decreto de trámite y ordené que se acreditaran la totalidad de los vínculos, se acompañara el consentimiento previo, libre e informado de las partes involucradas recabado por el centro de salud interviniente y protocolizado por la autoridad sanitaria o escribano público, se acompañaran los informes psicológicos recabados por el instituto PROAR debidamente suscriptos por los profesionales que intervinieron en las entrevistas, comparecieran Matías Ezequiel Onieva y Eliana Noemí Guzman con otro patrocinio letrado y manifestaren cuanto estimaren pertinente en relación a la petición formulada, se remitieran los autos a la Defensoría General para que determinare día y hora para entrevistar a los hijos de la gestante y su pareja a fin de escucharlos y conocer su opinión (con el auxilio del equipo interdisciplinario de este Tribunal), se librare oficio a PROAR para que remitiera el "protocolo de tratamiento de reproducción humana asistida con ICSI (microinyección intracitoplasmática de espermatozoide) con semen homólogo, ovodonación y útero subrogado", que mencionaban los peticionantes, y que, una vez cumplido con todo ello, se designaría fecha y hora para la celebración de una audiencia.

A fs. 85/86 se encuentran agregadas las partidas de nacimiento de P. A. O. y de M. E. O.

A fs. 89/90 comparecieron E. N. G. y M. E. O., con el patrocinio letrado de la Dra. Jéssica Alejandro, y prestaron conformidad al tratamiento de gestación solicitada por los peticionantes, del cual estaban debidamente informados.

A fs. 92/104 se presentó la Dra. Nadia Parolin, apoderada de PROAR, y acompañó el protocolo y los informes psicológicos firmados que solicité en el primer decreto.

A fs. 121/124 y 129/132 (en copia) y fs. 160/163 y 168/174 (en original) se adjuntaron los consentimientos informados de O. A. D. y de P. A. O. protocolizados ante escribano público.

A fs. 125/128 (en copia) y a fs. 164/167 (en original) se adjuntó también el consentimiento informado de E. N. G. protocolizado ante escribano público.

A fs. 135 luce agregado un informe de la Lic. Florencia Varela, terapeuta particular de los niños.

A fs. 142 se incorporó el acta de escucha de los pequeños por parte del Dr. Horacio Ferreyra, Defensor General N° 4 (en suplencia de la Dra. María Fernanda Baldomá, Defensora General N° 6) en presencia de la Lic. Silvana Piersimoni, psicopedagoga del equipo interdisciplinario.

A fs. 144/146 se agregaron las partidas de nacimiento de los niños. A fs. 148 designé audiencia para escuchar a las partes y a fs. 181 se encuentra agregada el acta

de la audiencia, en la que se mantuvo un extenso diálogo en relación a la dinámica familiar, a sus expectativas, a su historia y se dialogó acerca de la decisión que todo el grupo familiar había tomado.

A fs. 182/183 la Defensora General N° 6 emitió su dictamen, en el que historizó acerca de la figura jurídica invocada, remarcó su falta de regulación normativa, se explayó acerca del interés superior del niño, corroboró que la pretensión formulada no perjudicaba a tercero ni atentaba contra el orden público y, finalmente, se expidió favorablemente a lo peticionado por la pareja en el afán de efectivizar los derechos constitucionales en juego.

Y CONSIDERANDO QUE: vienen los autos a despacho a fin de pronunciarme acerca de la pretensión formulado por O. A. D. y P. A. O. tendiente a autorizar el tratamiento de reproducción humana asistida que, junto con E. N. G., llevarán adelante en el Instituto PROAR de esta ciudad - consistente en la fecundación *in vitro* de un embrión que se formará utilizando óvulos de una donante anónima y esperma de O. A. D., seguido de la transferencia embrionaria a E. N. G. - y la posterior inscripción registral de la persona por nacer como hijo/a de O. A. D. y P. A. O.

La cuestión traída a consideración involucra una práctica médica mejor conocida como "Gestación Solidaria", "Gestación por Sustitución", "Maternidad Subrogada", "Alquiler de Vientres", etc y ha tenido diversas voces en doctrina, jurisprudencia y en las diferentes

legislaciones comparadas. Así, algunos sistemas normativos se han ocupado de regularla, otros la han prohibido y otros simplemente han guardado silencio. En el caso de nuestro país, el legislador optó por esta última. Si bien el Anteproyecto del Código Civil y Comercial (CcyC) preveía esta práctica en el artículo proyectado N° 562¹, de manera posterior se optó por eliminarla del documento final bajo la excusa de que el instituto "encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que amerita un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma".

Si bien el fundamento legislativo se expresó en términos inocuos, no ha sido inofensivo el efecto que la falta de contemplación normativa ha generado en miles de familias, quienes se han visto obligadas a realizar la práctica en el extranjero (si las posibilidades económicas lo permiten), a recurrir al sistema de adopción (con las falencias y demoras que son de público conocimiento), a acudir a los estrados judiciales para lograr el reconocimiento de sus derechos o simplemente a ver frustradas sus aspiraciones

¹ ARTÍCULO 562.- **Gestación por sustitución.** El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza

parentales.

Pese a que el instituto no ha sido regulado - como hubiese sido deseado - ello no significa, en modo alguno, que se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento. Es que no debemos olvidar que, de conformidad con lo establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional (CN) "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, **ni privado de lo que ella no prohíbe**" (el destacado me pertenece). En consonancia con ello, en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca en el 2015, la Comisión 6 de Familia sobre "Identidad y filiación" concluyo por unanimidad que "aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida" (Marisa Herrera, Guillermina Zabalza, Paula Fredes, María Teresa Vega, Ana Peracca, Natalia de la Torre, Federico Notrica, Carolina Duprat y Adriana Krasnow).

El silencio legislativo otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para otorgar la autorización solicitada en un caso como el de autos. Es decir, que la laguna normativa coloca al Poder Judicial en el deber de resolver el caso atendiendo a los derechos involucrados, a la fuerza de los acontecimientos y a los valores que inspiran el sistema normativo, sin olvidar, por supuesto, el deber de garantía que pesa sobre todos los órganos del Estado (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El nuevo Código Civil y Comercial sancionado en el 2015 incorporó a las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (THRA) como una tercer fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que las fuentes ya conocidas: la filiación por naturaleza y por adopción. En las THRA, el elemento determinante de la filiación no es el dato biológico sino la voluntad procreacional, concepto basado eminentemente en la socioafectividad, que se plasma en el consentimiento previo, libre e informado que debe ser instrumentado en la forma establecida por el art. 561 del CCyC y los arts. 5/11 de la Ley N° 26.520 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud).

La voluntad procreacional es la columna vertebral de esta fuente de filiación y el dato genético pasa a ocupar un rol secundario, que solo se circunscribe al derecho a conocer los orígenes, pero que en modo alguno crea un vínculo jurídico filial entre quien aporta el material genético y quien nace como consecuencia de la técnica médicamente asistida (Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; y Picasso, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Ed. Infojus. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Pág. 275 y 283). Según el Dr. Gil Dominguez, "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas" (Gil Dominguez, Andrés. La voluntad procreacional

como derecho y orden simbólico. Ediar. 2014. Pág. 13). El mismo autor, junto con otras profesionales destacadas del Derecho de Familia, también señalan que “la llamada voluntad procreacional [entonces] no es mas ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida – se ha afirmado – es la típica fuente de creación del vínculo” (Gil Dominguez, Andrés; Herrera, Marisa; y Famá, María Victoria. Derecho Constitucional de Familia. T. II. Ediar. 2006. Pág. 833 y sgtes.)

Teniendo en cuenta la importancia de las TRHA, producto de los cambios en los comportamientos sociales (cada vez más personas recurren a este tipo de técnicas) y de pronunciamientos a nivel internacional (fundamentalmente a nivel regional tras la resolución del caso “Artavia Murillo y otros [fecundación In Vitro] Vs. Costa Rica” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo sobre el que volveré más adelante), nuestro país las incorporó en el nuevo CCyC e incluso antes de ello ya había sancionado la Ley N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida, norma que tiene por objeto “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.

La Gestación Solidaria, pese a no estar contemplada expresamente en el CCyC o debidamente nombrada en la Ley N° 26.862 o en su Decreto Reglamentario N° 956/2013 (art. 2), forma parte de las THRA y, consecuentemente, participa de las mismas características de esta fuente filial. La Dra. María Silvia Villaverde (Jueza del Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora), en oportunidad de dictar su célebre fallo posterior a la sanción del nuevo CCyC, afirmó que "la gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida -en adelante TRHA-, considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades -como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano mater semper certa est (...)", "la gestación por sustitución tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante ("madre subrogada", "madre de alquiler" o "madre portadora") acepta someterse a las TRHA para llevar a cabo el proceso de gestación a favor de una persona o pareja comitente, también llamados progenitores intencionales, para quienes la mujer gestante se compromete a entregar el/la niño/a o niña/os que puedan nacer" ("H.M. Y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC)", Exp. N° LZ-62420-2015, Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015).

En la Gestación Solidaria, la formación del cigoto se produce de forma extrauterina y, entonces, necesita de un laboratorio altamente especializado, en el cual se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción por medio

quirúrgico de óvulos de la mujer que, junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio para ser luego trasladado al útero de la persona gestante. (Gonzalez Magaña, Ignacio, comentario al art. 558 del CcyC. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo II. Directores: Rivera, Julio César y Medina, Graciela. La Ley. 2015 Pág. 338).

La nueva codificación civil y comercial y la Ley N° 26.862, entonces, garantizan el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna. En este marco, P. y O. son, en igualdad de condiciones que los demás, titulares del derecho a recurrir a estos procedimientos y, en el caso, se presenta como la única opción para que esta familia, naturalmente imposibilitada de llevar adelante un embarazo, pueda ampliar su familia y cumplir con su deseo de ser padres. Esta posibilidad que nuestro ordenamiento prevé se encuentra en armonía con los lineamientos interamericanos que emanan del precedente "Artavia Murillo", previamente mencionado, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó el derecho fundamental que toda persona tiene de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, de formar una familia y de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, derechos que encuentran en el Estado un sujeto pasivo al que se le atribuye el deber de garantía.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, concluyo que la Gestación Solidaria es una técnica

humana de reproducción asistida que, pese a no estar debidamente regulada en nuestro sistema normativo, no se encuentra prohibida, y que, en el caso, se presenta como la opción que satisface el derecho de esta pareja de ser padres, entre otros derechos involucrados.

Sin embargo, pese a la lógica sistémica que ostenta la nueva normativa referida a las THRA, la que se encuentra en consonancia con la fuerza de la realidad y de los lineamientos internacionales en materia de Derechos Humanos, nos encontramos con una disposición que, en el caso, se convierte en un gran obstáculo para la materialización de la pretensión formulada por la pareja: el art. 562 del CcyC. La norma estipula que "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

De la lectura del artículo se desprenden las siguientes consecuencias: I) que los padres del niño o niña son la persona gestante y la otra persona que prestó su consentimiento previo, libre e informado, II) que existe una perfecta coincidencia entre "gestación" y "maternidad", III) que la maternidad queda determinada por el hecho del parto en consonancia con lo establecido por el art. 565 del CCyC para la determinación de la maternidad en la filiación por

naturaleza y del adagio del derecho romano "mater sempre certa est", y IV) que la "tercera persona" que también ha prestado su consentimiento previo, libre e informado no tiene ningún tipo de vínculo jurídico con el niño o niña que nazca de la persona gestante, no solo porque la disposición transcrita no lo permite, sino también por la regla rígida de un límite máximo de 2 vínculos filiales por persona (art 558 in fine).

Como puede observarse, la redacción de esta pieza legislativa impide, de cualquier lado que se lo mire, que el niño o niña que nazca pueda ser inscripto/a como hijo o hija exclusivamente de la o las personas que ha/n exteriorizado su voluntad procreacional mediante el consentimiento previo, libre e informado - regla estructural del sistema de las THRA - sino que le atribuye la maternidad a la persona que da a luz, lo que implica que el dato biológico, elemento fundamental en la filiación por naturaleza, adquiere - erróneamente - mayor relevancia en esta nueva fuente filial que el elemento volitivo.

Sin ánimos de inmiscuirme en los motivos por los cuales el legislador optó por la redacción actual del art. 562, debo decir que la norma luce descolocada e incompatible con los caracteres propios de la filiación por THRA y con la prolija estructuración de la fuente filial incorporada en el Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del CcyC.

Si nos atenemos a la literalidad de la norma, la Gestación Solidaria - práctica que, como vimos, no

se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento - quedaría totalmente desvirtuada y privada del efecto fundamental que comparte con el resto de las THRA: la inscripción de la persona que nace como hijo o hija de los padres intencionales y se le atribuiría la maternidad a una persona que, desde un inicio, carece de la intención de ser madre. En el caso, el niño o niña que nazca sería considerado/a hijo/a de E., la mujer gestante, y de O. o P., quienes suscribieron el consentimiento informado. Por ello, puedo afirmar que el art. 562, al establecer un vínculo filial entre quien nace y quien da a luz, no es compatible, en el caso, con la Constitución Nacional, no es compatible, en el caso, con los convenios internacionales de Derechos Humanos y, fundamentalmente, no es compatible con el deseo y el derecho de esta hermosa pareja de querer ampliar su familia y, por esto, merece, a todas luces, ser desechada hasta el hartazgo por ser violatoria de los derechos fundamentales de este grupo familiar.

Si bien los peticionantes no cuestionaron en ningún momento la constitucionalidad de la norma, entiendo que el abordaje de tal cuestión deviene un asunto ineludible para encarar la pretensión formulada.

El hecho que no exista pedido de parte no implica que el órgano jurisdiccional no pueda controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo

que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" **ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones" [el destacado me pertenece] (Caso "Trabajadores Cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros - Vs. Perú". Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 128). En concordancia con ello, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentenció que "en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente 'Almonacid'. En efecto, en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso' precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino tambien 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru, del 24 de noviembre de 2006, paragrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos fallos más tarde, expresado en similares terminos, en los casos 'Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia vs. Bolivia' (del 1º de septiembre de 2010, paragrafo 202); 'Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil' (del 24 de noviembre de 2010, paragrafo

176) y `Cabrera y Montiel Flores vs. México´ del 26 de noviembre de 2010, paragrafo 225. Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso `Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina´ del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango" (CSJN. "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Nacional s/daños y perjuicios". 27 de diciembre del 2012). En el mismo precedente, la CSJN continuó diciendo que "la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal

en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de éstas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad".

En suma, la magistratura tiene la facultad y el deber constitucional/convencional de controlar la correspondencia de las normas con la garantía de los derechos fundamentales de las personas y, en caso que la repugnancia entre ellos sea de una magnitud espeluznante, tiene la posibilidad (e incluso la obligación) de desechar el obstáculo normativo para asegurar el pleno goce de los derechos en juego. Tal como lo ha advertido nuestro máximo Tribunal de Justicia, lo que debe intentarse primero es lograr una interpretación armónica de las distintas fuentes del Derecho (leyes, Constitución Nacional, Tratados Internacionales, interpretaciones de los órganos internacionales de protección, etc) siguiendo la regla interpretativa fundamental del principio "pro personae" (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En este marco, "los jueces han de escoger la interpretación conforme a los parámetros de protección internacionales y, por consiguiente desecharán las

interpretaciones inconvencionales o que resulten de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo" (fallo de la Dra. Villaverde previamente mencionado, pág. 57). Sin embargo, cuando la incompatibilidad de la norma cuestionada con la garantía de los derechos fundamentales del caso resulta insuperable, por más interpretación favorable que se realice o por más diálogo que exista entre las distintas fuentes, la declaración de inconstitucionalidad en la especie resulta ineludible.

La redacción actual del art. 562 no deja ningún tipo de margen que permita interpretar la disposición conforme los parámetros convencionales y, por ello, debo declarar que, en el caso, el artículo, en tanto establece sin hesitación alguna que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien da a luz, es inconstitucional por cuanto se constituye en una barrera insuperable que impide que Oscar y Pablo puedan ejercer libremente y en igualdad de condiciones que las demás personas derechos que tienen raigambre constitucional/convencional.

Encuentro que el art. 562 es contrario al derecho de esta pareja a la Vida Privada y Familiar, a la Igualdad y No Discriminación y a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y Tecnológico, derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (arts. 24 y 11.2 CADH y 15.1.B del PIDESC), entre otros instrumentos internacionales, y que han sido

desarrollados in extenso en el precedente "Artavia Murillo y Otros (´fecundación *in vitro*´) VS Costa Rica". Sentencia del 28 de noviembre del 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

La norma en cuestión violenta el derecho de esta pareja a la vida privada y familiar en tanto, de manera arbitraria y sin razón valedera alguna, no se les reconoce a ambos, O. y P., la posibilidad de convertirse en padres a través del uso de las THRA sino que la literalidad de la norma habilitaría que solo uno de ellos, O. o P., fuese padre del niño o niña junto con una persona - la mujer gestante - con quien no se comparte un proyecto de vida en común, más allá de cualquier lazo afectivo que pueda existir entre ellos. En este sentido, la Corte IDH tiene dicho que "el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas" (...). "El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar

relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

La norma en cuestión violenta también el derecho de esta pareja a la Igualdad y No Discriminación en tanto los posiciona en una situación desigual con relación a las personas que pueden procrear por sus propios medios, quienes no se ven compelidos a recurrir al auxilio de la ciencia para tener hijos y, muchos menos, ocurrir a la intervención del Poder Judicial. La disposición del art. 562 impide que parejas como la de P. y O., personas que se encuentran naturalmente imposibilitadas de llevar adelante un embarazo, logren su sueño de tener hijos propios. En este sentido, el máximo Tribunal regional tiene establecido que “la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre ‘distinciones’ y ‘discriminaciones’, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en

detrimento de los derechos humanos" (...) "el Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que `una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique'. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo".

Finalmente, la norma en cuestión violenta el derecho de esta pareja a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y Tecnológico en tanto les impide acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la

autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, en franca vulneración también con la garantía del acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida que preve la Ley N°26.862. Sobre este punto, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su tercer informe "A/HRC/20/26", insta a todos los estados partes a garantizar: 1) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, 2) la oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, 3) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y 4) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología.

En suma, considerando la incompatibilidad de la disposición normativa con los derechos referidos, la declaración de inconstitucionalidad en esta sede deviene necesaria. Es que, como bien afirmó la Corte Interamericana en el precedente "Artavia Murillo": "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la

Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”, jurisprudencia que es reiterada en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”. 4/7/2006, párr. 172; y en el caso “Baldeón García vs. Perú”, 6/4/2006, párr. 140). Entiendo que el Estado argentino no garantiza, en el caso, con el estado actual de la legislación, el derecho de esta familia - como el de tantas otras - a ampliar su familia y, por ende, es el mismo Estado (por intermedio de otro órgano: el Poder Judicial) quien debe velar para remediar, de forma urgente, la vulneración de derechos que el propio Estado fomenta al omitir regular el acceso a los procedimientos de gestación por sustitución. En palabras del Dr. Gil Dominguez, “el reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de

personas puedan disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional" (Gil Domínguez, Andrés, ob. cit., p.41).

De lege ferenda, resulta necesario llenar el vacío normativo que el legislador del 2015 dejó. Probablemente la jurisprudencia coadyuve a realizar el cambio necesario y a poner fin a la necesidad que miles de familias ocurran al recurso judicial para poder ejercer una serie de derechos básicos que el Estado se obligó a garantizar (art. 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y que, al mismo tiempo, les deniega; recurso judicial que se traduce en una intromisión innecesaria en la vida privada de cierto universo de personas, quienes se encuentran en una posición teñida de discriminación en comparación a las personas que tienen la posibilidad de procrear por sus propios medios.

* * *

En base a lo expuesto, es que habré de hacer lugar a la pretensión formulada por Pablo y Oscar, con costas por su orden (art. 250 del Código Procesal Civil y Comercial). Y es que tengo acreditado que: I) O. A. D. y P. A. O. han expresado la voluntad de ser padres y han plasmado tal voluntad procreacional en los consentimientos informados protocolizados ante escribano público que se encuentran agregados en copia a fs. 121/124 y 129/132 y en original a fs. 160/163 y 168/174, II) E. N. G. también ha suscripto el consentimiento informado protocolizado ante escribano público que se encuentra agregado en copia a fs. 125/128 y en original

a fs. 164/167, en el que manifestó su voluntad de someterse al tratamiento asistido y ocupar exclusivamente el lugar de gestante, III) todos los intervinientes se encuentran aptos psicológicamente para iniciar el tratamiento, están orientados en tiempo y espacio, tienen consciencia de la situación, presentan pensamientos fluidos y coherentes, juicio conservado y ajustado al principio de realidad y han manifestado comprender toda la información brindada por el centro de salud para la práctica médica (conf los informes psicológicos recabados por el instituto PROAR y agregados a fs. 101/103), IV) el aporte del material genético provendrá de una ovodonante anónima y de uno de los miembros de la pareja, y V) los hijos de la mujer gestante y de su marido tienen plena consciencia de la situación, saben por medio de su madre que "su pancita sería una casita para un bebé que no va a ser su hermano sino que va a ser su primo" y que tal consciencia se encuentra avalada tras la intervención de la Lic. Silvana Piersimoni, psicopedagoga del equipo interdisciplinario, y de la Lic. Florencia Varela, terapeuta particular de los niños.

De un estudio completo de los antecedentes, con el auxilio de la intervención interdisciplinaria forense, particular y del centro de salud que intervendrá en la práctica, puedo concluir que la decisión tomada por todos los integrantes de la familia, tanto adultos como niños, implicaron un profundo proceso reflexivo que les ha permitido, por un lado, reconocer la complejidad y novedad del asunto y, por el otro y de manera fundamental, reconocer la intención genuina

de convertir la paternidad soñada en una realidad.

Por último, considerando que el derecho a la identidad de esta persona que nacerá también ostentará jerarquía constitucional/convencional, deberá garantizársele, cuando su edad y grado de madurez así lo posibiliten, el derecho a conocer sus orígenes.

A las presentes actuaciones se le aplicarán estrictamente las disposiciones del art. 56 del CPCC y deberá consignarse en la carátula que no serán susceptibles de destrucción alguna por parte del Archivo General.

Por todo lo expuesto, **RESUELVO:** **1)** Declarar, para el caso, la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial (CCyC), en tanto establece que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien da a luz. **2)** Hacer lugar a la pretensión formulada y, en consecuencia, **I)** autorizar el tratamiento de reproducción humana asistida que O. A. D. (DNI N° ...), P. A. O. (DNI N° ...) y E. N. G. (DNI N° ...) llevarán adelante en el Instituto PROAR de esta ciudad y que consistirá en la fecundación *in vitro* de un embrión que se formará utilizando óvulos de una donante anónima y material genético de O. A. D., seguido de la transferencia embrionaria a E. N. G., y **II)** ordenar a la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente que, a condición que la/s persona/s nazca/n con vida (art. 21 del CCyC), inscriba a ese niño/a/os/as como hijo/a/os/as de O. A. D. (DNI N° ...) y de P. A. O. (DNI N° ...), sin establecer ningún vínculo

filiatorio con E. N. G. (DNI N° ...). **3)** Hacer saber a la Dirección correspondiente que lo consignado en el punto anterior se establece sin perjuicio de la información que debe constar en el legajo base. **4)** Imponer a los progenitores la obligación de dar a conocer a su futuro hijo/a/os/as la información relativa a su origen, cuando su edad y grado de madurez así lo posibiliten. **5)** Imponer las costas en el orden causado. **6)** Hacer saber a las partes que los honorarios serán regulados en la resolución que dictaré a continuación. **7)** Notificar a la Defensora General en su despacho. **8)** Insértese y hágase saber. AUTOS: "O., P. A. Y D., O. A. S/ VENIAS Y DISPENSAS" (CUIJ ...)

Dr. Hernán Andrés Julián
Prosecretario
Tribunal Colegiado de Familia N° 3
Rosario

Dra. María José Diana
Jueza
Tribunal Colegiado de Familia N° 3
Rosario